

**Mehrere Verfügungen eines Nichtberechtigten
über den selben Gegenstand**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

1962

vorgelegt von

Gottfried Dölling

aus Plauen / Vogtland

MEHRERE VERFÜGUNGEN EINES NICHTBERECHTIGTEN
ÜBER DEN SELBEN GEGENSTAND

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
GOTTFRIED DÖLLING
aus Flauen/ Vogtland

1962



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Lukes

Dekan: Prof. Dr. Deutsch

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Juli 1961

MEINEM VATER

G L I E D E R U N G

I.	Kurze Einleitung und Überblick	Seite: 1
II.	Begriffsbestimmungen	1
	A Gegenstand und Verfügung	1
	B Nichtberechtigter	3
	C Unwirksamkeit und ihre Abgrenzung zur Nichtigkeit	4
III.	Von den mehreren Verfügungen des Nichtberechtigten	7
	ist eine bereits wegen Gutgläubigkeit des Verfügungsempfängers wirksam.	
	A Die Verfügung besteht in einer Eigentumsübertragung	7
	1. als <u>erste</u> Verfügung des Nichtberechtigten	7
	a) endgültig	7
	b) nicht endgültig	8
	aa) Anfechtung	8
	bb) Rückgängigmachung; Rückerwerb des Nichtberechtigten	8
	2. als <u>zweite</u> Verfügung des Nichtberechtigten	10
	a) Auswirkung auf eine früher getroffene schwebend unwirksame Verfügung	10
	b) die Folge bei Rückgängigmachung der zweiten Verfügung	11
	B Die Verfügung besteht in einer Verpfändung der Sache	12
	1. als <u>erste</u> Verfügung des Nichtberechtigten	12
	a) die Möglichkeit weiterer wirksamer Verfügungen an Gutgläubige	12
	aa) § 932 I	13
	bb) § 1207	13
	b) die Möglichkeit weiterer schwebend unwirksamer Verfügungen; die Bedeutung des guten Glaubens des zweiten Verfügungsempfängers hinsichtlich des schon bestehenden Pfandrechts	13

II.

2. als zweite Verfügung des Nichtberechtigten; die Rechtsfolgen bei nachträglichem Wirk- samwerden der vorausgegangenen Verfügung	15
a) die vorausgegangene Verfügung war eine Übereignung	15
aa) sie wird genehmigt	15
bb) sie wird durch Erwerb oder Vereini- gung wirksam (§ 185 II 1)	17
b) die vorausgegangene Verfügung war eine Verpfändung	18
aa) sie wird genehmigt	18
bb) sie wird durch Erwerb oder Vereini- gung wirksam	19
IV. Alle Verfügungen des Nichtberechtigten sind zu- nächst (schwebend) unwirksam	19
A Sinn der Vorschrift des § 185 II	20
B Die einzelnen Konvalleszenztatbestände	20
1. Genehmigung	20
2. Erwerb	21
3. Vereinigung	22
C Die mehreren Verfügungen des Nichtberechtigten widersprechen sich <u>nicht</u>	24
1. Die Bedeutung der Worte "widersprechen" bzw. "miteinander in Einklang stehen"	24
2. Die Möglichkeit gleichzeitiger Konvalleszenz bei Erwerb oder Vereinigung oder bei gleich- zeitiger Genehmigung	25
3. Einzelgenehmigung nur <u>einer</u> Verfügung	25
a) derjenigen, die das Hauptrecht beim Be- rechtigten beläst	25
b) derjenigen, die das Hauptrecht überträgt	26
c) bei mehrfacher Verpfändung einer Forde- rung; Rangfolge im Falle mehrerer Einzel- genehmigungen nacheinander	26

III.

D Die mehreren Verfügungen des Nichtberechtigten <u>widersprechen sich</u>	26
1. Lösung der Kollision durch Genehmigung einer Verfügung, und zwar bei früherer Übereignung und nachfolgender Eigentumsbelastung	27
a) Genehmigung der ersteren	27
b) Genehmigung der letzteren	27
2. Die Regelung, wenn die mehreren Verfügungen gleichzeitig genehmigt werden	29
3. Lösung der Kollision durch § 185 II 2; der Begriff der früheren Verfügung in dieser Vorschrift	30/31
4. Die möglichen Fallgruppen im Anwendungsbereich des § 185 II 2	32
a) die weitere Verfügung des Nichtberechtigten erfolgt ganz unabhängig vom ersten Verfügungsempfänger	32
b) Der erste Verfügungsempfänger schafft bzw. duldet eine Lage, in der die Wirksamkeit der weiteren Verfügung des Nichtberechtigten normalerweise vom Eingreifen der Gutgläubensvorschriften zu Gunsten des nachfolgenden Verfügungsempfängers abhängen würde (Anvertrauensstatbestand)	33
aa) die Anwendung der Gutgläubensvorschriften scheidet aus	33
bb) die Gutgläubensvorschriften greifen ein; Beispielfall	35
aaa) die unbillige Konsequenz, die die einfache Anwendung des § 185 II 2 hier mit sich bringt	36
bbb) keine Lösungsmöglichkeit aus dem Gesetz	37

IV.

ccc)	die Stellung des ersten Verfügungsempfängers als Nichtberechtigter im Sinne des § 185 bis zur Konvaleszenz	39
ddd)	Konsequenz hieraus, wenn der erste Verfügungsempfänger <u>selbst</u> weiterverfügt hat; Kettenwirkung der Konvaleszenz	39
eee)	Parallele zwischen dem von Anfang an Berechtigten und dem ursprünglich Nichtberechtigten nach Konvaleszenz	41
fff)	Untersuchung der Frage, ob sich in den Fällen des Erwerbs und der Vereinigung eine entsprechende Anwendung des § 185 II 1 auf solche Verfügungen rechtfertigen läßt, die der Nichtberechtigte zwar nicht selbst getroffen hat, die für ihn aber -wäre er Berechtigter gewesen- infolge der Gutgläubensvorschriften wirksam gewesen wären	42
ggg)	die möglichen Einwände; Ergebnis	42
hhh)	Anwendung des Ergebnisses auf den Ausgangsfall unter 4 b bb	49
c)	Der 1. Verfügungsempfänger gibt seine Zustimmung zu der weiteren Verfügung des Nichtberechtigten	51
aa)	Einwilligung	51
bb)	Genehmigung	55
aaa)	die Genehmigung als Verfügung	56
bbb)	die Möglichkeit direkter Anwendung des § 185 II 1 auf den Genehmigten	56

V.

ccc) hier ausnahmsweise keine Rückwirkung der Genehmigung, sofern beim ersten Verfügungsempfänger ein Fall von Erwerb oder Vereinbarung vorliegt	58
d) Der 1. Verfügungsempfänger verfügt in gleicher Weise an den Nichtberechtigten zurück	59
aa) Es handelt sich dabei um die einzige Verfügung des 1. Verfügungsempfängers	59
bb) Es handelt sich dabei um eine von mehreren Verfügungen, die der erste Verfügungsempfänger selbst getroffen hat	60
aaa) die mehreren Verfügungen des ersten Verfügungsempfängers widersprechen sich nicht	60
bbb) die mehreren Verfügungen des ersten Verfügungsempfängers widersprechen sich	63
V. Mehrere Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung bzw. solche im Zusammentreffen mit rechtsgeschäftlichen Verfügungen	68
A Die Frage der (analogen) Anwendung des § 185 II auf Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung	69
1. bei Erwerb	69
2. bei Genehmigung	70
3. bei Vereinbarung	71
B Die Verfügungen widersprechen sich nicht	73
1. Zusammentreffen mehrerer Pfändungen bzw. eines Pfändungspfandrechts mit einem gesetzlichen Pfandrecht	73
2. frühere Pfändung und nachfolgende Veräußerung	75
C Die Verfügungen widersprechen sich	75

VI.

1. Die Anwendbarkeit des § 185 II 2 (in Analogie)	75
2. Fälle	75
3. Sonderfall: Der Nichtberechtigte veräußert die gepfändete Sache an einen hinsichtlich des Pfandrechts Gutgläubigen	76
a) § 185 II 2 bietet keine befriedigende Lösung	77
b) "verminderte Konvaleszenz"	78
c) billige Lösung durch Anwendung der oben unter IV. D 4 bb fff vorgeschlagenen Analogie	78
VI.	
Besonderheiten im Liegenschaftsrecht	80
A Die liegenschaftsrechtliche Verfügung	80
B Der Nichtberechtigte	80
C Die mehreren Verfügungen widersprechen sich nicht	81
D Die mehreren Verfügungen widersprechen sich	81
1. § 185 II 2 gilt auch hier	81
2. der Begriff der "früheren Verfügung" im Liegenschaftsrecht	81
E Anwendung der Konvaleszenzregeln auf Einigung und Eintragungsbewilligung	82
1. Grundsätzliches	82
2. mehrere Einigungen bzw. Eintragungsbewilli- gungen, die sich nicht widersprechen	84
3. mehrere Einigungen bzw. Eintragungsbewilli- gungen im Widerspruch zueinander	84
a) Bewilligungen: § 185 II 2 nicht anwendbar	84
b) Einigungen: § 185 II 2 ebenfalls nicht anwendbar.	88

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- BAUMHACH** Kurzkommentar zur Zivilprozeßordnung, bearbeitet von Lauterbach, 25. Aufl. München 1958
- CLARUS** Vollmacht und Geschäftsführung ohne Vertretungsmacht, Seuff. Bl. 64/177 ff
- ENNECCERUS, Ludwig** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., Tübingen 1959
- NIPPERDEY, Hans-Carl**
- ERMAN** Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Münster 1952
- EWALD** Der Rückerwerb des Nichtberechtigten Iherings Jahrbücher für Dogmatik 76/233 ff
- GÜTHE-TRIEBEL** Kommentar zur Grundbuchordnung, 6. Aufl., Berlin 1936
- LEHMANN, Heinrich** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 10. Aufl., Berlin 1957
- NÜBGENS, Karl** Der Rückerwerb des Nichtberechtigten Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 42, Bonn 1939
- OERTMANN, Paul** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. umgearbeitete Aufl., Berlin 1927
- PALANDT** Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Aufl., München u. Berlin 1960
- PLANCK** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 1. Band: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin 1913
- REHBEIN, Hugo** Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, 1. Band: Allgemeiner Teil, Berlin 1899
- ROSENBERG, Leo** Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., München u. Berlin 1960
7. Aufl., München u. Berlin 1956
- ROSENBERG, Leo** Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908
- RÜHL** Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft Abhandlungen aus der Berliner Juristischen Fakultät Band VI, Berlin 1930
- SCHLEGELBERGER-VOGELS** Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil, Berlin 1939
- SCHÖNKE-BAUR** Zwangsvollstreckungsrecht, 6. Aufl., Karlsruhe 1956

VIII.

- SOERGEL-SIEBERT Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
9. Aufl., 1. Band: Allgemeiner Teil, Stuttgart 1959, 2. Band: Sachenrecht, Stuttgart 1960
- SOHM, Rudolf Der Gegenstand, ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1905
- STAUDINGER Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Berlin 1957
Sachenrecht 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1956
- STEIN, Friedrich Grundfragen der Zwangsvollstreckung Tübingen 1913
- STEIN-JONAS Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 2. Band, 18. Aufl., Tübingen 1956
- STÖVESANDT Der Rückerwerb des Nichtberechtigten Stuttgart 1936
- v.TUHR Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. u. 2. Band, München und Leipzig 1914/18
- WESTERMANN, Harry Lehrbuch des Sachenrechts, 4. Aufl., Karlsruhe 1960
- WOLFF, Martin
RAISER, Ludwig Das Sachenrecht, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957
- ZITELMANN, Ernst Ausschuß der Widerrechtlichkeit Arch. Ziv. Pr. 99/1 ff.
- ferner: Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band III: Sachenrecht, Berlin und Leipzig 1888
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band I, Berlin 1897.

Abkürzungsverzeichnis

A. A.	anderer Ansicht
Anm.	Anmerkung
Arch. Ziv. Pr.	Archiv für zivilistische Praxis
BGH (Z)	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
Recht	Das Recht
RG (Z)	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen
Seuff. Bl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
ZPO	Zivilprozeßordnung

Die ohne nähere Bezeichnung zitierten Paragraphen sind solche des Bürgerlichen Gesetzbuches.

I.

Die vorliegende Arbeit behandelt Probleme, die dadurch entstehen, daß ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand mehrere voneinander unabhängige Verfügungen trifft.

Grundsätzlich ist eine Verfügung, die von einem Nichtberechtigten getroffen wird, unwirksam. Sie kann aber unter bestimmten Voraussetzungen wirksam sein oder werden.

Hat nun der Nichtberechtigte über den selben Gegenstand mehrere selbständige Verfügungen getroffen, so können sich folgende Fragen ergeben:

- 1) Ist eine gleichzeitige Wirksamkeit dieser mehreren Verfügungen nebeneinander möglich und ggfls. in welcher Weise und in welchem Umfang?
- 2) Sofern eine solche gleichzeitige Wirksamkeit nicht möglich ist, welche der mehreren Verfügungen kann dann allein wirksam sein bzw. wirksam werden?

Diese Fragen werden im folgenden untersucht. Dabei wird allgemein von Fällen ausgegangen, in denen nur zwei Verfügungen vorliegen, weil damit die entstehenden Grundprobleme fast immer erschöpfend behandelt werden können. Soweit bei mehr als zwei Verfügungen besondere Fragen auftauchen, wird jeweils an Ort und Stelle darauf hingewiesen.

Zunächst sind die immer wiederkehrenden Begriffe zu definieren.

II. A

Gegenstand und Verfügung

Der Begriff "Gegenstand" wird vom Gesetz nicht definiert. Auch aus der Art und Weise, in der ihn insbesondere das BGB an den verschiedensten Stellen gebraucht, läßt sich eine eindeutige Bestimmung seines Inhalts nicht gewinnen.

Der heutige juristische Sprachgebrauch versteht unter Gegenständen alle "Objekte der Rechte"; mithin fallen darunter sowohl

körperliche Gegenstände (Sachen) als auch alle immateriellen Objekte, an denen Rechte bestehen können ¹⁾.

Diese allgemeine Formulierung reicht hier nicht aus. Der Begriff "Gegenstand", wie er in dieser Arbeit gebraucht wird, hängt ferner mit der zivilrechtlichen Definition der Verfügung zusammen.

Eine Verfügung im Sinne des BGB ist eine unmittelbare rechtsgeschäftliche Einwirkung auf ein Recht. Diese Einwirkung kann darin bestehen, daß das Recht aufgehoben, übertragen, belastet oder in sonstiger Weise inhaltlich verändert wird ²⁾. Auch diese Definition ist dem Gesetz nicht direkt zu entnehmen; sie folgt aber aus dem Zusammenhang, in dem sich das BGB des Verfügungsbegriffes bedient.

Da eine Verfügung sich stets nur auf ein Recht bezieht, kann "Gegenstand" der Verfügung niemals die Sache oder das immaterielle Objekt selbst sein, sondern jeweils nur das Recht bzw. Rechtsverhältnis, welches an der Sache oder dem Objekt besteht. Der Begriff "Gegenstand" wird also im Zusammenhang mit einer Verfügung in einem gegenüber der üblichen Definition einengenden Sinne gebraucht.

Das Wort Verfügung wird in der Praxis meist nicht in dem genannten strengen Sinne gebraucht. Es ist z. B. durchaus üblich, von einer Verfügung über ein Automobil zu sprechen, während in Wirklichkeit eine solche über das Eigentumsrecht an dem Fahrzeug gemeint ist ³⁾. Außer dem Eigentum können alle übrigen dinglichen Rechte Gegenstand einer Verfügung sein; ferner aber auch Forderungen, Schuldverhältnisse, Anwartschaftsrechte sowie Rechte an nichtmateriellen Gütern. Zession, Schuldübernahme, Erlaß, Aufrechnung, Annahme geschuldeter

1) Enn.-Nipp. I Bd. 1 § 121 (Auf die zum Teil gegensätzlichen historischen Ansichten zu dieser Frage braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen zu werden).

2) Statt vieler Enn.-Nipp. I Bd. 2 § 143 II mit den dortigen Literaturnachweisen.

3) Siehe auch z. B. § 2113 BGB.

Leistungen ebenso wie die Ausübung von Gestaltungsrechten sind ebenfalls Verfügungen ¹⁾.

Eine Verfügung ist meist ein dingliches Rechtsgeschäft; die beiden Begriffe decken sich aber nicht. Der Verfügungsbegriff ist der umfassendere. Gleichwohl ist er scharf zu scheiden vom Begriff des Verpflichtungsgeschäfts. Eine Verpflichtung wie Kauf, Miete usw. stellt niemals eine unmittelbare Einwirkung auf ein Recht dar, sondern sie zielt nur auf eine solche unmittelbare Einwirkung hin. Die Verpflichtung berührt das Recht selbst nicht; ihre Erfüllung hat aber in der Regel die Verfügung über das Recht zum Inhalt.

Bei den folgenden Untersuchungen wird der Ausdruck Verfügung -soweit dadurch keine Unklarheiten entstehen- bisweilen in dem üblichen vereinfachten Sinne gebraucht. Vor allem in den Beispielfällen ist zum Teil kurzerhand von Verfügungen über Sachen die Rede, weil die Rechtslage dadurch leichter überschaubar ist.

II. B

Nichtberechtigter

Der Begriff Nichtberechtigter erscheint im BGB in zwei verschiedenen, allerdings miteinander verwandten Bedeutungen. In den §§ 135 II, 161 III, 2113 III u. 2129 wird damit derjenige bezeichnet, dem das Recht als Gegenstand der Verfügung nicht zusteht, denn hier wird ausdrücklich auf die Vorschriften zugunsten derer Bezug genommen, welche "Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten". Dagegen bezieht sich der Ausdruck in § 185 darauf, daß dem Betreffenden die Verfügungsbefugnis fehlt, daß er also nicht berechtigt ist, allein und im eigenen Namen über das Recht zu verfügen ²⁾.

Hier sind Hauptrecht und Verfügungsrecht scharf voneinander zu trennen. Es kann jemand Verfügungsberechtigt sein, ohne daß

1) Enn.-Nipp. I Bd. 2 § 143 II.

2) Statt vieler Palandt-Danckelmann § 185 Anm. 1 sowie RG Recht 12/22.

er Inhaber des Hauptrechts wäre, so , wenn ihm die Verfügungsbefugnis ausdrücklich vom Hauptberechtigten eingeräumt wurde oder wenn er vom Gesetz zur Verfügung ermächtigt (z. B. § 1003) oder gar verpflichtet (z. B. § 966) wird. Umgekehrt kann jemand Inhaber des Hauptrechts sein und trotzdem keine Verfügungsbefugnis haben. Das ist z. B. beim Gemeinschuldner hinsichtlich der Konkursmasse der Fall (§ 6 KO), oder beim Erben, wenn Nachlaßverwaltung angeordnet ist (§ 1984).

Im Folgenden wird der Begriff Nichtberechtigter ausschließlich in dem Sinne gebraucht, daß dem Verfügenden -aus welchem Grunde auch immer- das Verfügungsrecht fehlt. Hierzu gehören auch die Fälle, in denen der Betreffende in seiner Verfügungsmacht beschränkt ist und deshalb entweder zeitweise nicht verfügen darf oder zur Verfügung die Zustimmung Dritter benötigt.

Immer aber muß es sich um Verfügungen im eigenen Namen handeln ¹⁾, denn wer unberechtigt in fremdem Namen verfügt, ist kein Nichtberechtigter im Sinne des Gesetzes, sondern handelt als Vertreter ohne Vertretungsmacht und auf ihn sind die Vorschriften der §§ 177 ff anzuwenden ²⁾.

II. C

Unwirksamkeit

"Unwirksam" kann eine Verfügung aus verschiedenen Gründen sein. Das Gesetz gebraucht diesen Ausdruck nicht in einem einzigen, deutlich abgrenzbaren Sinne, sondern es unterscheidet mehrere Arten der Unwirksamkeit. Es sind dies folgende:

a)

endgültige Unwirksamkeit

Sie liegt vor, wenn einem Rechtsgeschäft aus irgend einem Grunde die Rechtswirkung endgültig versagt ist. Dieser Begriff der Unwirksamkeit ist deshalb dem der Nichtigkeit gleichzusetzen ³⁾.

1) RGZ 53/274 ff.

2) RG/HRR 1934 Nr. 1276.

3) "Geschäfte, welche unwirksam sind und nicht wirksam werden können, sind nichtig"; v. Tuhr II 1 S. 275.

Das BGB indessen folgt dieser Gleichsetzung nur sehr beschränkt; es spricht von Nichtigkeit nur dann, wenn die endgültige Unwirksamkeit auf ganz bestimmten Gründen beruht. Diese Gründe sind: Geschäftsunfähigkeit bzw. Bewußtlosigkeit (§ 105), Willensmängel (§§ 117 u. 118), Formmangel (§ 125), Verstoß gegen gesetzliches Verbot (§ 134), Unsittlichkeit (§ 138), Anfechtung (§ 142) sowie ursprüngliche, objektive Unmöglichkeit der Leistung (§ 306)¹⁾.

In folgenden Fällen der endgültigen Unwirksamkeit spricht das BGB schlechthin von "Unwirksamkeit", ohne daß hierbei der geringste Unterschied zur Nichtigkeit erkennbar wäre: §§ 111, 174, 344, 388, 925, 1253, 1398, 1831, 1950, 2101, 2180, 2202, 2282.

Ferner gibt es Normen, in denen das BGB weder den einen, noch den anderen Begriff gebraucht, die aber durch ihre Formulierung erkennen lassen, daß das Rechtsgeschäft, wenn es entgegen der betreffenden gesetzlichen Vorschrift vorgenommen wird, nichtig sein soll. Solche Normen sind die §§ 1742, 1768, 1947 (Verbot einer Bedingung oder Befristung) sowie die §§ 399, 400, 717, 1069 II, 1274 II, 2033 II (Verbot der Bestellung bzw. Übertragung gewisser Rechte).

Es ist üblich geworden, verschiedene Arten der Nichtigkeit zu unterscheiden: Ursprüngliche Nichtigkeit liegt vor, wenn der Mangel, auf dem sie beruht, schon bei der Errichtung des Geschäfts vorhanden ist. Hier sind in erster Linie die oben angeführten Fälle der §§ 105, 117, 118, 125, 134 und 138 zu nennen.

Von nachträglicher Nichtigkeit kann man sprechen, wenn die Vervollständigung eines bisher unfertigen Rechtsgeschäfts unmöglich wird, z. B. durch den endgültigen Nichteintritt einer aufschiebenden Bedingung.

1) Hierzu Enn.-Nipp. § 145 C u. § 202 I.

Bei der sogenannten schwebenden Nichtigkeit ¹⁾ wird in der Regel ²⁾ das Geschäft als gültig angesehen, es kann aber wieder aufgehoben werden ³⁾. Dies geschieht entweder durch Erklärung einer Person (Anfechtung, § 142) oder durch gerichtliches Urteil auf Grund einer Nichtigkeitsklage (hier spricht man von Vernichtbarkeit; die gerichtliche Nichtigerklärung hat im Gegensatz zur Anfechtung in der Regel keine Rückwirkung). Solange die Aufhebung des Rechtsgeschäfts möglich ist, besteht ein "resolutiver Schwebezustand" ⁴⁾.

Für sämtliche Arten der Nichtigkeit und damit der endgültigen Unwirksamkeit gilt folgendes: Dem Rechtsgeschäft ist die als gewollt bezeichnete Rechtsfolge endgültig versagt; es kann unter keinen Umständen nachträglich noch wirksam werden. Da es nicht heilbar ist, kann es höchstens neu vorgenommen werden. Dies gilt nicht nur zwischen den Partnern des betreffenden Geschäfts, sondern auch gegenüber Dritten.

b)

relative Unwirksamkeit

Sie liegt dann vor, wenn das Rechtsgeschäft nur zu Gunsten bestimmter Personen, nicht aber gegenüber der Allgemeinheit seiner Wirkung entbehren soll; vgl. §§ 135, 136 BGB.

c)

vorläufige Unwirksamkeit

Hier befindet sich das Geschäft in einem Schwebezustand. Es kann der endgültigen Unwirksamkeit anheimfallen, es kann aber auch durch das Hinzutreten neuer Tatsachen voll wirksam werden, ohne daß es -wie bei der Nichtigkeit- einer erneuten Vornahme des ganzen Geschäfts bedarf.

Es handelt sich hier regelmäßig um Fälle, in denen der Betreffende nicht befugt ist, das Rechtsgeschäft selbständig vorzunehmen. Soweit es dabei um Verfügungen im eigenen Namen geht, ist es der Fall der Nichtberechtigung wegen fehlender Verfügungsbefugnis, wie sie oben unter II. B erörtert wurde.

1) Enn.-Nipp. § 202 II

2) Einige Fälle abweichend, vgl. Enn.-Nipp. § 202 II Anm.17.

3) v.Tuhr II 1 S.278 nimmt hier eine etwas andere Einteilung vor.

4) v. Tuhr II 1 S. 278.

Der Ausdruck Unwirksamkeit wird im Folgenden nur in diesem letzteren Sinne gebraucht, also im Sinne vorläufiger Unwirksamkeit aus dem Grunde mangelnden Verfügungsrechts.

Damit sind alle in der Arbeit immer wiederkehrenden Begriffe hinreichend bestimmt. Soweit im Zusammenhang mit ihrer Definition spezielle Probleme zu erörtern sind, so geschieht dies dort, wo es im Verlauf der Untersuchungen notwendig wird.

III.

Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter trifft, kann ohne Wissen und Willen des Berechtigten wirksam sein, nämlich dann, wenn hinsichtlich dieser Verfügung die Vorschriften zum Schutze Gutgläubiger eingreifen.

Diese Wirksamkeit kraft guten Glaubens kann auf etwaige sonstige Verfügungen des Nichtberechtigten über den selben Gegenstand verschiedenen Einfluß haben. Entscheidend ist hierfür, ob die wirksame Verfügung an erster Stelle steht oder erst später erfolgt, sowie ferner, ob sie eine Übertragung oder nur eine Belastung (bzw. Veränderung) des Hauptrechts (meist des Eigentums) beinhaltet.

III. A 1 a

Handelt es sich bei der durch guten Glauben wirksamen Verfügung um eine Eigentumsübertragung, so sind nachfolgend grundsätzlich keine weiteren Verfügungen des Nichtberechtigten über dieses Eigentum im gleichen Sinne möglich. Wenn z. B. der Nichtberechtigte N sich vom Eigentümer E ein Buch ausleiht und es sodann mittels Übergabe dem gutgläubigen A veräußert, so wird A gem. § 932 Eigentümer. Das Eigentum am Buche geht von E auf A über. Eine nochmalige Verfügung des N über das Buch ist zwar denkbar. N könnte sich das Werk etwa von A wieder ausleihen und es anschließend an den B veräußern. Auf die Gutgläubigkeit des B, d. h. auf die Frage, ob diese neuerliche Verfügung des N sofort wirksam sein kann, kommt es dabei nicht entscheidend an. In jedem Falle ist die

Rechtsposition des N bei dieser zweiten Verfügung eine ganz andere, als bei der ersten. Beide Male ist Verfügungsgegenstand das Eigentum an der Sache. Während es sich aber bei der ersten Verfügung um das Eigentum des ursprünglich Berechtigten E handelt, kann die nächste Verfügung nur das Eigentumsrecht des A, also des ersten Verfügungsempfängers, betreffen, denn dieser ist durch die erste Verfügung Eigentümer geworden. Verfügt der Nichtberechtigte nochmals, so ist das keine eigentliche zweite Verfügung über den selben Gegenstand, sondern eine neue, erste. Denn die Person, der gegenüber er Nichtberechtigter ist, der also das Verfügungsrecht zusteht, ist dann eine andere.

Von einer echten zweiten Verfügung eines Nichtberechtigten kann man nur dann sprechen, wenn im Zeitpunkt ihrer Vornahme das Verfügungsrecht noch beim selben ursprünglich Berechtigten liegt, wenn dieser also die Verfügung auch selbst vornehmen könnte.

III. A 1 b

Der Nichtberechtigte kann allerdings, auch wenn seine erste Verfügung gem. § 932 zunächst wirksam geworden ist, unter bestimmten Voraussetzungen seine ursprüngliche Rechtsstellung behalten haben oder wiedererlangen, und damit die Möglichkeit, ein zweites Mal über den selben Gegenstand zu verfügen.

III.A 1 b aa

Wird die kraft guten Glaubens zustande gekommene Übereignung angefochten -entweder allein oder in Verbindung mit dem zugrunde liegenden Kausalgeschäft- so tritt die Wirkung des § 1 42 Abs. 1 ein. Die Verfügung ist als von Anfang an nichtig anzusehen; sie hat mithin gar keine Rechtswirkungen entfaltet und gilt als nicht getroffen. Das Eigentum liegt nach wie vor beim ursprünglich Berechtigten.

III. A 1 b bb

Anders ist es, wenn die Übereignung rückgängig gemacht wird, etwa auf Grund eines Rücktritts vom zugrunde liegenden Ver-

pflichtungsgeschäft, einer Wandlung oder einer Kondition. Hier bleibt der Eigentumsübergang auf den Gutgläubigen wirksam, deshalb bedarf es einer besonderen Rückübertragung des Eigentums durch den Gutgläubigen. Das zwischen ihm und dem Nichtberechtigten zustande gekommene Veräußerungsgeschäft wird in umgekehrter Richtung vorgenommen. Da der Nichtberechtigte hierbei vom Berechtigten erwirbt, würde das an sich bedeuten, daß der Nichtberechtigte nunmehr Eigentümer wird.

Die herrschende Meinung nimmt jedoch an, daß in den Fällen, in denen die Rückübertragung mit dem ursprünglichen Geschäft im Zusammenhang steht und ihrem Sinne nach auf die Wiederherstellung des früheren Zustandes abzielt, das Eigentum auf den ursprünglichen Eigentümer, den "Altberechtigten", zurückfällt ¹⁾.

Die Begründungen dieser an sich unkonstruierbaren und dem Gesetzeswortlaut nicht entsprechenden Auffassung sind sehr verschieden; es liegt indessen nicht im Rahmen dieser Arbeit, auf die vielfältige Problematik ²⁾ des Rückerwerbs des Nichtberechtigten einzugehen. Differenziert wird die Frage beurteilt, was im Falle eines ganz neuen Rückerwerbsgeschäfts -also auch mit selbständiger causa- zwischen dem Gutgläubigen (bzw. einem Dritten) und dem Nichtberechtigten zu gelten hat.

Man stellt hier meist auf subjektive Momente beim Nichtberechtigten ab. Erwirbt er die Sache gewissermaßen zufällig zurück, d. h. ohne diesen Erfolg von Anfang an bezweckt zu haben, so wird meist angenommen, daß er dadurch vollgültig Eigentum erlangt.

Hat er dagegen die Sache nur deshalb an den Gutgläubigen veräußert, um durch späteren Rückerwerb selbst Eigentümer zu werden, liegt also mittelbar bösgläubiger Erwerb im engeren Sinne vor, so wird überwiegend die Ansicht vertreten, daß das Eigentum auf den Altberechtigten zurückfällt. Der Nichtberech-

1) Staudinger-Berg § 932 Anm. 35; Wolff-Raiser § 69 IV; Westermann § 47 II 3.

2) Hierzu die grundlegenden Arbeiten von Stoevesandt und vor allem von Nüßgens, die umfassende Darstellungen bringen. Siehe Literaturverzeichnis.

tigte soll dann aus der Gutgläubigkeit seines Werkzeugs keinen Vorteil, wie ihn der Eigentumserwerb darstellt, für sich herleiten können. ¹⁾

In allen diesen Fällen, in denen der Nichtberechtigte seine alte Rechtsstellung gegenüber dem Berechtigten entweder gar nicht verloren (Anfechtung) oder wiedererlangt (Rückübergang des Eigentums auf den ursprünglichen Eigentümer) hat, ist er wieder in der Lage, mehrere Verfügungen im oben erörterten Sinne nebeneinander zu treffen.

III. A 2 a

Hat der Nichtberechtigte bereits eine unwirksame Verfügung über das Eigentum an einer Sache getroffen und überträgt er dann s p ä t e r dieses Eigentumsrecht wirksam auf einen Gutgläubigen, so wird mit dieser letzten Verfügung die vorhergehende gegenstandslos. Denn es ist nicht möglich, daß nach einem wirksamen Eigentumsübergang eine früher getroffene Verfügung über eben dieses Eigentum an der Sache im Stadium schwebender Unwirksamkeit weiterexistiert. Der Begriff der schwebenden Unwirksamkeit einer Verfügung hat denknötwendig die Möglichkeit des späteren Wirksamwerdens dieser Verfügung zum Inhalt. Diese Möglichkeit besteht aber dann nicht mehr, wenn das Recht, welches den Gegenstand der unwirksamen Verfügung bildete, später selbst durch eine wirksame Verfügung endgültig auf einen anderen übertragen wurde.

Man könnte hier einwenden, die schwebende Unwirksamkeit müsse und könne gleichwohl bestehen bleiben, weil das nachträgliche Wirksamwerden der Verfügung ja auch vom n e u e n Inhaber des Hauptrechts ausgehen könne, also von demjenigen, dem das Recht vom Nichtberechtigten mit der späteren Verfügung im Rahmen des Gutglaubensschutzes übertragen wurde. Das ist aber ein Trugschluß. Der neue Rechtsinhaber könnte die frühere Verfügung des Nichtberechtigten nicht genehmigen ²⁾, weil er

1) Wolff-Raiser und Westermann aaO.; Ewald S. 285 f.; a.A.: v. Tuhr II 1 S. 142 Anm. 105 ohne Begründung.

2) Hinsichtlich der einzelnen -und nach dem Gesetz ausschließ-lich möglichen- Konvaleszenzgründe darf auf Abschnitt IV B verwiesen werden.

nicht Berechtigter war, als sie getroffen wurde. Die frühere Verfügung könnte auch nicht dadurch wirksam werden, daß der neue Rechtsinhaber den Nichtberechtigten beerbt und unbeschränkt haftet (§ 185 II 1, Fall der "Vereinigung"), denn auch hier müßte die Verfügung über das Recht des Erben getroffen worden sein ¹⁾. Es bliebe allein der Fall, daß der Nichtberechtigte den Gegenstand von dem neuen Rechtsinhaber (wieder) erwirbt. Zwar fordert § 185 II 1 nicht ausdrücklich, daß der Verfügende den Gegenstand von demjenigen erwerben muß, der bei Vornahme der Verfügung Berechtigter war, Wollte man hier aber noch eine Konvaleszenzmöglichkeit annehmen, so würde man damit befürworten, daß schwebend unwirksame Verfügungen praktisch niemals zu existieren aufhören. Das ist sowohl logisch als auch vom Standpunkt der Rechtssicherheit aus nicht annehmbar.

Dies kann allerdings dann nicht gelten, wenn die spätere Übereignung angefochten wird. Denn da gem. § 142 I diese Übereignung dann als von Anfang an nichtig anzusehen ist, muß die vorhergegangene unwirksame Verfügung in ihrer schwebenden Unwirksamkeit unverändert fortbestehen.

III. A 2 b

Eine andere Frage ist, ob diese vorhergegangene unwirksame Verfügung etwa wieder auflebt, wenn die zeitlich nach ihr erfolgte Übertragung des Sacheigentums an einen Gutgläubigen wieder rückgängig gemacht wird ²⁾.

Diese Frage dürfte zu verneinen sein. Wenn auch in bestimmten Fällen des Rückerwerbs des Nichtberechtigten ein unmittelbarer Übergang des Eigentums auf den ursprünglichen Eigentümer angenommen wird, so folgt daraus nicht, daß damit auch hinsichtlich aller schwebend unwirksamen Verfügungen über dieses Eigentum, die bis zur Veräußerung an den Gutgläubigen getroffen worden waren, der alte Zustand wieder eintreten könnte. Denn bei dem Eigentum handelt es sich um ein dingliches Recht, das

1) Siehe unten Seite 22.

2) Siehe oben unter III. A 1 b bb.

durch die Hin- und Rückübertragung in seinem Bestand nicht berührt wird; die Kontinuität des Rechtes selbst steht außer Zweifel. Anders bei den früheren schwebend unwirksamen Verfügungen; sie sind durch die Eigentumsübertragung auf den Gutgläubigen aus den oben erörterten Gründen endgültig untergegangen, denn sie haben dem Eigentumsrecht nicht angehaftet und konnten nicht in irgend einer latenten Form weiter bestehen. Gerade das wäre aber die Voraussetzung für ein "Wiederaufleben".

Es könnte freilich eingewandt werden, daß ja der Übergang des Eigentums auf den ursprünglichen Eigentümer beim Rückerwerb durch den Nichtberechtigten ohnehin eine Lösung darstelle, die nicht aus dem Gesetz folgt, und daß in diesem Zusammenhang ebensogut ein Wiedererstehen der Verfügungen angenommen werden könne, die im Zeitpunkt der Veräußerung an den Gutgläubigen hinsichtlich des Eigentums schwebend unwirksam getroffen waren. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Annahme des Eigentums -Rücküberganges auf den Altberechtigten eine reine Interessensentscheidung darstellt, die deshalb notwendig ist, weil sonst in bestimmten Fällen der ursprüngliche Eigentümer gegenüber dem Nichtberechtigten unerträglich benachteiligt würde. Ein Wiedererstehen der genannten Verfügungen -zugleich mit dem Rückfall des Eigentums auf den Altberechtigten- läge aber durchaus nicht in der Richtung dieser notwendigen Interessensentscheidung, sondern würde allein die Interessensphäre des Nichtberechtigten und seiner Verfügungsempfänger betreffen.

III. B

Handelt es sich bei der kraft guten Glaubens wirksamen Verfügung nicht um eine Eigentumsübertragung, sondern lediglich um eine Belastung des Eigentums, so wirkt sie sich auf etwaige sonstige Verfügungen des Nichtberechtigten im allgemeinen schwächer aus.

III. B 1 a

Hat der Nichtberechtigte an erster Stelle eine ihm nicht gehörige Sache an einen Gutgläubigen verpfändet, (§ 1207), so

kann er danach bei Fortbestand dieses Pfandrechts noch weitere wirksame Verfügungen über das Eigentum an der Sache treffen. Er kann die Sache einem Gutgläubigen übereignen oder sie auch an einen solchen abermals verpfänden. Da in beiden Fällen aber die Übertragung des unmittelbaren Sachbesitzes auf den zweiten Verfügungsempfänger notwendig ist, kann er dies im allgemeinen nur dadurch bewerkstelligen, daß er dem ersten Verfügungsempfänger den Sachbesitz ohne dessen Willen wieder entzieht.

III. B 1 a aa

Im Falle nachfolgender Übereignung an einen in jeder Weise Gutgläubigen erhält dann der zweite Verfügungsempfänger belastetes Eigentum, und zwar ungeachtet seines guten Glaubens hinsichtlich des Pfandrechts, da dieses entsprechend § 935 Abs. 1 bestehen bleibt ¹⁾.

III. B 1 a bb

Im Falle der nochmaligen Verpfändung geht das erste Pfandrecht im Rang dem zweiten vor. Denn ein gutgläubiger Vorrangserwerb durch den zweiten Verfügungsempfänger gem. § 1208, 1 tritt nicht ein, weil nach § 1208, 2 die Vorschrift des § 935 I entsprechende Anwendung findet.

Anders ist es natürlich, wenn der Nichtberechtigte etwa dadurch wieder in den unmittelbaren Besitz der Sache gekommen ist, daß der erste Verfügungsempfänger sie bei einem Dritten zur Verwahrung gegeben und dieser sie dem Nichtberechtigten ausgehändigt hatte. Dann ist von einem "Abhandenkommen" keine Rede und § 935 I wird nicht entsprechend angewandt. Als Eigentumserwerber erhält hier der in jeder Weise gutgläubige zweite Verfügungsempfänger unbelastetes Eigentum, als Pfandgläubiger erwirbt er Vorrang gem. § 1208 1.

III. B 1 b

Der Nichtberechtigte kann in der genannten Weise auch an einen hinsichtlich des Eigentums "Bösgläubigen" verfügen. Diese zweite Verfügung ist dann (schwebend) unwirksam und kann bei

1) Wolff-Raiser § 70 I 3.

Fortdauer der Wirkungen der ersten Verfügung evtl. später wirksam werden.

Soweit es bei dieser späteren Konvaleszenz auf die Gutgläubigkeit des zweiten Verfügungsempfängers hinsichtlich des Pfandrechts ankommt, das an der Sache schon besteht, so ist die Lage je nach Konvaleszenzgrund verschieden zu beurteilen. Im Falle der Genehmigung ¹⁾ genügt es, wenn der zweite Verfügungsempfänger bei der zunächst unwirksamen Verfügung gutgläubig war; dagegen ist es nicht erforderlich, daß der gute Glaube auch noch im Augenblick der Genehmigung vorhanden ist. Denn da die Genehmigung gem. § 184 I auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück wirkt, ist allein die Rechtslage in diesem Zeitpunkt maßgebend ²⁾.

Anderes muß aber gelten, wenn einer der beiden übrigen Konvaleszenzgründe des § 185 II vorliegt. Hier tritt keine Rückwirkung ein ³⁾ und die Verfügung an den zweiten Verfügungsempfänger wird nur ex nunc wirksam.

Dann muß verlangt werden, daß der zweite Verfügungsempfänger auch im Zeitpunkt der Konvaleszenz noch gutgläubig ist, wenn er sich auf den Gutglaubensschutz wegen des Pfandrechts berufen will. Das ergibt sich bereits aus der Formulierung "mit dem Erwerbe des Eigentums" in § 936 Abs. 1. Entscheidend ist, wann der "Erwerb" abgeschlossen ist.

Man könnte einwenden, auch hier müsse der gute Glaube z. Zt. der Verfügung ausreichen, da ja die spätere Konvaleszenz vom Willen der Verfügungspartner weitgehend unabhängig sei und weil das Gesetz bei allen Gutglaubensschutzvorschriften allein auf den Verfügungsakt abstelle.

Diese Auffassung ist aber nicht haltbar. Denn wer in einem bestimmten Zeitpunkt ein Recht überhaupt nicht erwerben kann, für den kann es schlechthin auch nicht denjenigen Gutglaubensschutz wegen der Belastung oder der Rangstellung eben dieses

1) Hinsichtlich des Wesens der Konvaleszenz nach § 185 II und der Einzelheiten bei den verschiedenen Konvaleszenzfällen darf aus Gründen des systematischen Zusammenhangs auf die Ausführungen im unmittelbar folgenden Abschnitt IV unter B verwiesen werden.

2) v. Tuhr II 2 S. 240 Anm. 206, RG 69/264; im übrigen siehe Anm. 1).

3) RGZ 135/383; siehe Abschn. IV B.

Rechts geben, der in diesem Zeitpunkt hätte eingreifen können. Jede andere Regelung würde eine unerträgliche Benachteiligung des ersten Verfügungsempfängers (hier des ersten Pfandgläubigers) und eine Überdehnung des Schutzes Gutgläubiger bedeuten.

Gibt der erste Verfügungsempfänger die Pfandsache freiwillig an den Nichtberechtigten zurück, so erlischt sein Pfandrecht nach § 1253, so daß überhaupt nur noch die nachfolgende Verfügung übrig bleibt.

III. B 2

Hatte der Nichtberechtigte vor der Verpfändung der Sache an einen Gutgläubigen bereits eine Verfügung über die Sache getroffen, die schwebend unwirksam geblieben war, so können diese beiden Verfügungen sich in verschiedener Weise gegenseitig beeinflussen.

So lange die voraufgegangene Verfügung unwirksam bleibt, üben beide keine Wirkungen aufeinander aus. Für den gutgläubigen zweiten Verfügungsempfänger ist nach § 1207 ein Pfandrecht an der Sache entstanden, die nach wie vor dem ursprünglichen Eigentümer gehört.

Wird die frühere Verfügung aber nachträglich wirksam, so hängt das Schicksal des Pfandrechts davon ab, aus welchem Grunde diese Wirksamkeit eingetreten ist und auf welche Weise der Nichtberechtigte den unmittelbaren Besitz an der Sache vom ersten Verfügungsempfänger wiedererlangt hat, ehe er die Sache dem zweiten Verfügungsempfänger verpfändete.

III. B 2 a aa

Wenn die frühere Verfügung vom Berechtigten genehmigt wird, so ist auch hier zu beachten, daß die Genehmigung zurück wirkt, daß die Verfügung also mit dem Zeitpunkt ihrer Vornahme wirksam geworden ist.

War die voraufgegangene -zunächst unwirksame- Verfügung eine Übereignung, dann bestehen folgende Möglichkeiten:

- 1.) Der Nichtberechtigte hatte die Sache vom ersten Verfügungsem-

pfänger A wieder ausgeliehen oder es lag auf anderer Weise ein "Anvertrauungstatbestand" vor. Dann ist das Pfandrecht des gutgläubigen zweiten Verfügungsempfängers B am Eigentum des A entstanden, nicht aber am Eigentum des ursprünglich Berechtigten. Denn A ist durch die Rückwirkung der Genehmigung bereits Eigentümer gewesen, als mit seinem Einverständnis der Anvertrauungstatbestand geschaffen wurde und erst recht, als der Nichtberechtigte daraufhin die Sache dem gutgläubigen B nach § 1207 verpfändete. A hat kein belastetes Eigentum erworben, denn im Zeitpunkt der Übereignung an ihn, auf den die Genehmigung zurückwirkt, war die Sache noch nicht an B verpfändet. Es hat aber eine spätere Belastung seines rückwirkend erworbenen Eigentums stattgefunden, die A jetzt gegen sich gelten lassen muß.

2.)

Der Nichtberechtigte hatte die Sache dem A ohne dessen Willen wieder weggenommen, oder sie war diesem in anderer Weise abhanden gekommen. Für den Eigentumserwerb des A gilt hier das gleiche wie unter 1.). Eine nachträgliche Belastung des durch A rückwirkend erworbenen Eigentums ist hier aber nicht erfolgt. Denn in dem Zeitpunkt, in dem die Sache dem A abhanden kam, war er infolge der Rückwirkung der Genehmigung schon Eigentümer. B konnte also trotz guten Glaubens kein Pfandrecht an der Sache erwerben (§§ 1207, 935 I).

Ein Pfandrecht des B ist hier mithin niemals entstanden.

In diesen beiden Fällen mutet es seltsam an, daß das Pfandrecht des Gutgläubigen zunächst an der noch dem ursprünglich Berechtigten gehörenden Sache entstanden ist, dann aber plötzlich von vornherein nur am Eigentum des ersten Verfügungsempfängers oder sogar überhaupt nicht entstanden sein soll. Das Ergebnis ist aber logisch richtig und notwendig; der Rückwirkung der Genehmigung muß mit allen rechtlichen Konsequenzen Rechnung getragen werden. Es ist nicht möglich, das Pfandrecht des gutgläubigen zweiten Verfügungsempfängers, so wie es am Eigentum des ursprünglich Berechtigten zunächst entstanden ist, als durch das Wirksamwerden der früheren Eigentumsübertragung auflösend bedingt anzusehen. Denn das würde

bedeuten, daß das Pfandrecht in jedem Falle bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Übereignung bestanden hätte. Gerade das wird aber dadurch ausgeschlossen, daß die Übereignung eben nicht mit dem Zeitpunkt der nachträglichen Genehmigung, sondern mit dem ihrer Vornahme wirksam wird.

III. B 2 a bb

Wird die frühere Übereignung vom Berechtigten nicht genehmigt, sondern liegt einer der beiden anderen Konvaleszenzgründe des § 185 Abs. II vor ¹⁾, so kann der Fortbestand des für den zweiten Verfügungsempfänger bestehenden Pfandrechts nicht von der Gut- oder Bösgläubigkeit des ersten Verfügungsempfängers abhängen. Das Gesetz verlangt in § 936 Abs. 1 Gutgläubigkeit beim Erwerb. Die Konvaleszenz bedeutet hier zwar endgültigen Rechtserwerb, jedoch nur in Verbindung mit der konvaleszierenden Verfügung. Da aber z. Zt. der unwirksamen ersten Verfügung überhaupt noch kein Pfandrecht an der Sache bestand, vielmehr dieses erst nach der ersten Verfügung, aber vor deren Konvaleszenz begründet wurde, muß Gutglaubensschutz hier ganz ausscheiden.

In beiden Fällen der ex-nunc-Konvaleszenz gilt hier folgendes: Das Pfandrecht des zweiten Verfügungsempfängers B ist wirksam entstanden, und zwar an der (immer noch) dem Eigentümer E gehörenden Sache. Mit der Konvaleszenz der ersten Verfügung geht dieses Eigentum samt Pfandrecht auf den ersten Verfügungsempfänger A über. Ein Grund, weshalb das Pfandrecht bei diesem Übergang untergehen sollte, ist nicht ersichtlich; es spielt auch keine Rolle, auf welche Weise der Nichtberechtigte vor seiner zweiten Verfügung an den gutgläubigen B den unmittelbaren Besitz an der Sache wiedererlangt hatte. A kann sich nicht darauf berufen, daß ihm die Sache etwa abhanden gekommen sei und daß die zweite Verfügung nur infolge dieses Abhandenkommens habe getroffen werden können. Denn das Abhandenkommen könnte hier nur dann wesentlich sein, wenn es den A als Eigentümer betroffen hätte. Hier aber war A -da die Verfügung an ihn ja bis zur Konvaleszenz unwirksam war- nicht Eigentümer. Im übrigen hat A, wenn der Fall wie vorliegend

1) siehe Fußnote 1) auf Seite 14.

gebildet wird, die Unwirksamkeit der an ihn getroffenen Verfügung auch gekannt. Wäre er nämlich gutgläubig gewesen, dann hätte die Unwirksamkeit der Verfügung des Nichtberechtigten an A nur auf dem Eingreifen des § 935 I beruhen können. In diesem Fall wäre aber ein gutgläubiger Pfandrechterswerb durch B -wie er hier angenommen wurde- gar nicht möglich gewesen. In der Tatsache, daß der erste Verfügungsempfänger A hier also die Unwirksamkeit dieser ersten Verfügung kannte, mag noch ein zusätzlicher Grund liegen, eine Berufung auf Abhandenkommen der ihm unwirksam übereigneten Sache als unbeachtlich zu betrachten. Das Pfandrecht des B bleibt in jedem Falle bestehen.

III. B 2 b

War die vorausgegangene -unwirksame- Verfügung eine Verpfändung nach § 1205 Abs. 1, so ergeben sich die Lösungen aus den selben Gesichtspunkten wie vorstehend im Falle unwirksamer Übereignung.

III. B 2 b aa

Wird die erste, bisher unwirksame Verpfändung an A vom Berechtigten genehmigt, so ist infolge der Rückwirkung das Pfandrecht des A bereits im Zeitpunkt der Verpfändung entstanden ¹⁾.

Hatte ~~der~~ Nichtberechtigte die Pfandsache wieder in Besitz bekommen, ohne daß sie dem A damit abhanden gekommen war (etwa auf dem Umweg über Verwahrer), so hat der Verfügungsempfänger B nach § 1208 Satz 1 für sein in jeder Weise gutgläubig erworbenes Pfandrecht Vorrang erworben.

Lag dagegen bei A Abhandenkommen vor, so konnte dieser gutgläubige Vorrangserwerb gem. § 1208 Satz 2 mit § 935 Abs. 1 nicht erfolgen. Die Rangfolge der beiden Pfandrechte entspricht dann der Zeitfolge der Verfügungen.

1) Daß die Verfügung im übrigen den gesetzlichen Erfordernissen entsprach, wird hier -wie in allen behandelten Fällen, in denen dieser Punkt nicht gerade Erörterungsgegenstand ist- vorausgesetzt.

III. B 2 b bb

Wird die erste Verpfändung nicht genehmigt, sondern konvalesziert sie aus einem der beiden anderen Gründe des § 185 Abs. 2, so erhält das Pfandrecht des A in jedem Falle den Nachrang gegenüber dem Pfandrecht des B. Denn das erstere ist mangels Rückwirkung des Konvaleszenzgrundes auf den Verpfändungszeitpunkt das später entstandene. Gutgläubiger Vorrangserwerb für A scheidet aus; andere Gründe für eine Rang- Umkehrung sind nicht gegeben. Es gilt hier entsprechend das, was oben bezüglich der ex nunc konvaleszierenden Eigentumsübertragung an A gesagt wurde.

In dem vorstehenden Überblick sind nicht alle denkbaren Rechtssituationen erfaßt, die aus dem Nebeneinander von kraft guten Glaubens wirksamen Verfügungen mit sonstigen Verfügungen eines Nichtberechtigten entstehen können. Abweichungen von den erörterten typischen Fällen können insbesondere dadurch verursacht werden, daß bei den Verfügungen die Besitzübertragung in anderer Weise vollzogen wird (§§ 931, 934, 1205 Abs. 2, 1206).

Diese Fälle lassen sich aber in gleicher Weise nach den gewöhnlichen sachenrechtlichen Grundsätzen lösen und bitten daher keine abweichende Problematik. Die Betrachtung bleibt deshalb auf die oben behandelten Grundsituationen beschränkt.

IV.

Alle Verfügungen des Nichtberechtigten sind zunächst (schwebend) unwirksam.

In den Fällen, in denen eine Verfügung eines Nichtberechtigten nicht bereits mit dem Zeitpunkt ihrer Vornahme wirksam ist -sei es durch Gutgläubigkeit des Verfügungsempfängers oder durch Einwilligung des Berechtigten- kann sie unter bestimmten Voraussetzungen nachträglich wirksam werden.

Diese Konvaleszenz unwirksamer Verfügungen ist in § 185 Abs. 2 generell geregelt ¹⁾.

1) siehe Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs zum BGB, Band I S. 179.

IV. A

Die Vorschrift des § 185 II hat den Sinn, die durch eine oder mehrere Verfügungen eines Nichtberechtigten gebildete Rechts-situation nach Möglichkeit auf die Lage zurückzuführen, die entstanden wäre, wenn der Nichtberechtigte als von Anfang an Berechtigter verfügt hätte ¹⁾.

IV. B

Die Konvaleszenzwirkung wird an das Vorliegen eines der folgenden Tatbestände geknüpft:

1.)

Der Berechtigte genehmigt die Verfügung. Sie konvalesziert dadurch grundsätzlich rückwirkend, § 184 Abs. 1.

Diese Rückwirkung läßt sich am einfachsten damit begründen, daß sie dem "durchschnittlichen Willen" der Beteiligten entspricht. Der Nichtberechtigte und der Verfügungsempfänger wollten die Verfügung so, wie sie getroffen wurde, nämlich mit sofortiger Wirksamkeit. Der Berechtigte kann die Verfügung aber nur so genehmigen, wie sie gewollt war. Denn das Wesen der Genehmigung ist nachträgliche Zustimmung, nicht aber Zustimmung nach willkürlicher Modifikation ²⁾. Die Verfügung wird vom Berechtigten als ein schon früher getätigtes Geschäft genehmigt; diesem Gedanken entspricht das Gesetz am besten dadurch, daß es ein Wirksamwerden der Verfügung ex tunc bestimmt. Ein Zwang zu dieser Regelung -aus Gründen der Logik oder der Interessenlage- besteht allerdings nicht. Der Gesetzgeber hätte sich auch anders entscheiden können ³⁾.

Die genehmigte Verfügung gilt also vom Zeitpunkt ihrer Vornahme ab als voll wirksam. Die Formulierung "gilt als" ⁴⁾ dürfte dabei den Worten "ist" oder "wird" ⁵⁾ vorzuziehen sein, denn man kommt nicht daran vorbei, daß die betr. Verfügung vor dem Genehmigungsakt eben erst einmal nicht wirksam war. Diese Tat-

1) Statt vieler Soergel-Siebert-Schultze v. Lasaulx § 185 Anm. 1; in diesem Sinne schon Rehbein I S. 288. Ferner siehe unten S. 30.

2) v. Tuhr II 2 S. 240; Rosenberg, Stellv. S. 620 ff.

3) Enn.-Nipp. § 204 IV 2

4) Enn.-Nipp. § 204 IV 2, sowie sinngem. v. Tuhr II 2 S. 242: "als sei sie"...

5) wie bei RG 142/63.

sache besteht auch dann noch, wenn die Genehmigung erklärt ist. Wäre die Verfügung nun doch mit dem Zeitpunkt ihrer Vornahme wirksam geworden, so bestünde ein gleichzeitiges Nebeneinander zweier sich gegenseitig ausschließender Tatbestände. Deshalb: Die genehmigte Verfügung ist nicht ex tunc wirksam geworden, sondern sie wird -allerdings mit allen Konsequenzen- als ex tunc wirksam geworden betrachtet. Die Rückwirkung setzt voraus, daß der Wirksamkeit der Verfügung im Zeitpunkt ihrer Vornahme keine anderen Hindernisse entgegenstanden als eben nur das Fehlen der Genehmigung. Für die Frage der Wirksamkeit des genehmigten Geschäfts ist grundsätzlich die Rechtslage im Zeitpunkt seiner Vornahme entscheidend.¹⁾ Deshalb braucht z. B. für den Erwerb nach § 932 oder § 892 guter Glaube nur bei der Vornahme des Geschäfts vorzuliegen, dagegen nicht mehr im Zeitpunkt der Genehmigung²⁾.

Im Gegensatz zur Einwilligung ist die Genehmigung -wie auch ihre Verweigerung- nicht widerruflich³⁾. Sie kann konkludent erfolgen⁴⁾; entsprechendes muß von der Verweigerung gelten. Der Genehmigung kommt nur dann rechtliche Bedeutung zu, wenn sie selbst wirksam ist.

2.)

Der Nichtberechtigte erwirbt nachträglich den Gegenstand der Verfügung, also das Recht, über das er vorher unwirksam verfügt hat. Hauptfälle sind hier: Bedingungseintritt, wenn der Nichtberechtigte als Vorbehaltskäufer verfügt hat und nun durch Zahlung des Restkaufpreises das Eigentum auf ihn übergeht; ferner Beerbung des Berechtigten durch den Nichtberechtigten. Im übrigen kommen alle anderen Rechtsgründe in Betracht, so auch Ersitzung oder Aneignung (wenn die Sache nach der Verfügung des Nichtberechtigten herrenlos geworden

1) RG 142/63

2) RG 69/264; v. Tuhr II 2 S. 240 Anm. 206

3) RG 139/123. Ebenso die einmal erfolgte Genehmigungsverweigerung: RG 139/118 ff., BGHZ 13/179.

4) Staudinger-Coing § 185 Nr. 6.

ist), Erwerb der Fundsache nach § 973, Zession einer Forderung an den Nichtberechtigten usw. Die Konvaleszenz beruht hier auf dem Gedanken, daß die Mangelhaftigkeit des Verfügungsgeschäfts durch nachträgliches Hinzukommen der Verfügungsmacht geheilt wird ¹⁾.

3.)

Der Berechtigte beerbt den Nichtberechtigten und haftet unbeschränkt für die Nachlaßverbindlichkeiten; Fall der sogenannten "Vereinigung".

Hier gründet sich die Konvaleszenz auf die Überlegung, daß der Erbe, weil er voll und ganz in die Rechtsstellung des Erblassers (des Nichtberechtigten) eintritt, für dessen Handlungen einstehen muß. Zu diesen Handlungen gehören auch Verfügungen, die der Erblasser unberechtigt über Rechte des Erben getroffen hat ²⁾.

In den beiden letzten Fällen ist entscheidend, daß das Verfügungsrecht auf den Nichtberechtigten übergeht bzw. mit der unbeschränkten Haftung beim Berechtigten zusammenfällt.

Die Verfügung des Nichtberechtigten wird hier im Gegensatz zum Fall der Genehmigung erst mit dem Zeitpunkt der Konvaleszenz wirksam. Es besteht keine Rückwirkung ³⁾.

Der Grund, weshalb der Gesetzgeber hier eine Rückwirkung nicht angeordnet hat ⁴⁾, ist leicht zu erkennen. Die Konvaleszenz bei Erwerb und Vereinigung tritt automatisch ein, ohne daß es auf den Willen eines der Beteiligten ankäme. Auf diese Weise können hier Verfügungen wirksam werden, denen der Berechtigte in seiner ursprünglichen Position -also vor Eintritt eines dieser Konvaleszenzgründe- niemals zugestimmt hätte. Der Gesetzgeber hat sich nun offensichtlich von der Überlegung leiten lassen, daß die Verfügung nur dann vom

1) von Tuhr II 1 S. 383.

2) von Tuhr II 1 S. 384.

3) RG 135/383; 89/158; von Tuhr, II 1 S. 386.

4) Rückwirkung kann grundsätzlich nur durch Gesetz bestimmt werden, nicht durch Parteilabrede; von Tuhr II 1 S. 28 und II 2 S. 240 Anm. 207.

Zeitpunkt ihrer Vornahme an Wirkungen in der Sphäre des Berechtigten haben soll, wenn der Berechtigte die Verfügung selbst bejaht hat, wie es beim Entschluß zur Genehmigung der Fall ist. In allen anderen Fällen soll eine Auswirkung der Verfügung auf den Zeitraum vor Konvaleszenz vermieden werden, weil unter Umständen eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Berechtigten -oder seines Rechtsnachfolgers- bedeuten würde. Nimmt man z. B. an, der Berechtigte hätte dem Nichtberechtigten den Verfügungsgegenstand geschenkt, ohne von der Verfügung zu wissen, so hätte er bei Rückwirkung statt des -allein gewollten- bloßen Verlustes des Gegenstandes plötzlich alle Folgen der ex tunc zustandgekommenen Verfügung zu tragen, obwohl er doch diese Verfügung nicht kannte und im Falle ihrer Kenntnis die Schenkung vielleicht nie vorgenommen hätte. Das Ergebnis ist nicht haltbar, weil es den Berechtigten mit Wirkungen belasten kann, zu denen er -auch indirekt- keine causa gesetzt hat. Es findet sich keine vernünftige Erwägung, wonach hier das Interesse des Nichtberechtigten und des Verfügungsempfängers dem des Berechtigten überzuordnen wäre. Es macht keinen grundsätzlichen Unterschied, um welchen Erwerbsgrund es sich handelt; das Obengesagte gilt auch in dem Fall, daß der Nichtberechtigte den Berechtigten beerbt. Denn hier würden die Erben des Berechtigten entsprechend benachteiligt. Ist der Nichtberechtigte Alleinerbe, so besteht kein Anlaß zu einer abweichenden Betrachtungsweise, und zwar auch dann nicht, wenn der Nichtberechtigte als nunmehr Berechtigter ein Interesse an der Rückwirkung seiner Verfügung hat. Er kann diese nämlich leicht dadurch herbeiführen, daß er nachträglich seine eigene bisher unwirksame Verfügung genehmigt, denn er hat ja vom Altberechtigten auch die Rechtsposition mitgeerbt, aus der heraus der Altberechtigte die Verfügung selbst hätte genehmigen können ¹⁾.

Was hier hinsichtlich der Benachteiligung des Berechtigten im Falle des Erwerbs gesagt ist, gilt entsprechend auch für den Fall der Vereinigung, denn dort wäre die Rechtsposition des

1) Hierzu Zitelmann in Arch. Ziv. Pr. 99/125.

Berechtigten nach einer Konvaleszenz ex tunc nicht grundsätzlich anders.

Zu beachten ist, daß die rückwirkungslose Konvaleszenz im Falle der Vereinigung ebenfalls bisweilen die Möglichkeit offen läßt, die Rückwirkung willkürlich herbeizuführen. Bestand nämlich die Verfügung, an die der Berechtigte nach Eintritt seiner unbeschränkten Erbenhaftung gebunden ist, lediglich in einer Belastung des Hauptrechts, so kann er sie nach Konvaleszenz jederzeit noch zusätzlich genehmigen, weil er noch Inhaber des Hauptrechts ist. Damit würde er dann die Wirksamkeit der Verfügung, die nach dem Gesetz erst zusammen mit der unbeschränkten Erbenhaftung eintreten soll, auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Verfügungsgeschäfts vorverlegen ¹⁾.

Vom guten oder bösen Glauben des oder der Verfügungsempfänger ist die Konvaleszenzwirkung unter allen Umständen unabhängig.

Hat ein Nichtberechtigter über den selben Gegenstand mehrere Verfügungen getroffen, von denen keine aus Gründen der Gutgläubigkeit oder der Einwilligung durch den Berechtigten bereits im Zeitpunkt ihrer Vornahme wirksam war, so unterliegen in der Regel alle der Möglichkeit einer Konvaleszenz nach § 185 II.

IV. C 1

Die mehreren Verfügungen des Nichtberechtigten widersprechen sich nicht.

Das Gesetz gebraucht in § 185 II anstatt des Wortes "widersprechen" die Formulierung "... miteinander nicht in Einklang stehen". Die Frage, was hierunter zu verstehen ist, dürfte am einfachsten mit folgendem Satz zu beantworten sein:

Zwei Verfügungen stehen nicht miteinander im Einklang, wenn bei Wirksamkeit der früheren die spätere vom Berechtigten nicht mehr getroffen werden könnte.

1) Zitelmann aaO.

Demnach stehen mehrere Verfügungen eines Nichtberechtigten dann nicht zueinander in Widerspruch, wenn sie in gleicher Weise vom Berechtigten wirksam hätten getroffen werden können.

Das ist z. B. der Fall, wenn der Nichtberechtigte -vor Konvaleszenz- eine Mobilie erst verpfändet und dann -nach § 930 oder § 931- einem anderen übereignet hat (da ein Konvaleszenzfall in diesem Zeitpunkt noch nicht eingetreten ist, sind beide Verfügungen unwirksam), denn das Pfandrecht wird normalerweise durch die nachfolgende Eigentumsübertragung nicht beeinträchtigt.

Entsprechendes gilt bei mehrfacher Verpfändung einer Forderung. Es gilt sogar auch bei mehrfacher Verpfändung einer beweglichen Sache, denn auch eine solche kann der Berechtigte vornehmen, indem er z. B. dem ersten Pfandgläubiger den Sachbesitz ohne dessen Willen zum Zwecke der zweiten Verpfändung wieder entzieht.

Aus der Tatsache, daß die Verfügungen des Nichtberechtigten sich im oben erwähnten Sinne nicht widersprechen, folgt aber nicht, daß sie in jedem Falle gleichzeitig konvaleszieren, d. h. nebeneinander wirksam werden können bzw. müssen. Das ist vielmehr vom Konvaleszenzgrund abhängig.

IV. C 2

Hat der Nichtberechtigte vor Konvaleszenz eine Verpfändung und sodann -nach § 930 oder § 931- eine Übereignung derselben beweglichen Sache vorgenommen, so können beide Verfügungen dann nebeneinander wirksam werden, wenn der Fall des Erwerbs oder der Vereinigung vorliegt, oder wenn der Berechtigte beide Verfügungen gleichzeitig genehmigt.

IV. C 3

Der Berechtigte kann aber auch -statt beide Verfügungen gleichzeitig- nur eine von ihnen genehmigen.

a)

Genehmigt er die frühere Verpfändung, so bleibt die Übereignung unwirksam und kann evtl. später noch konvaleszieren, sofern bis

dahin keine weiteren Verfügungen getroffen wurden, die eine solche Konvaleszenz ausschließen.

b)

Genehmigt er die spätere Übereignung, so überträgt er mit dem Hauptrecht auch endgültig die Verfügungsbefugnis; und eine spätere, von ihm -dem ursprünglichen Berechtigten- ausgehende Konvaleszenz der Verpfändung ist dann nicht mehr möglich.

c)

Hatte der Nichtberechtigte vor Konvaleszenz eine Forderung mehrfach verpfändet, so können alle Verpfändungen unter den obengenannten Voraussetzungen nebeneinander wirksam werden, und zwar dergestalt, daß jeweils die später vorgenommene der früheren im Range nachgeht. Dies ist die direkte Anwendung des Grundsatzes *prior tempore potior iure* ¹⁾.

Man könnte hier einwenden, daß in den Fällen des Erwerbs oder der Vereinigung wegen der *ex-nunc*-Wirkung dieser Konvaleszenzgründe Gleichrangigkeit der Pfandrechte entstehen müßte. Daß diese Meinung fehl geht, ergibt sich aus der Formulierung des § 185 II 2. Sie läßt klar erkennen, daß für die Konvaleszenz die Zeitfolge der Vornahme der unwirksamen Verfügungen entscheidend ist, nicht aber ihre Konkurrenz im Zeitpunkt des Wirksamwerdens. Diese Rangfolge kann durch die Willkür des Berechtigten auch nicht grundlegend geändert werden. Wohl kann der Berechtigte nach Belieben nur eine oder einzelne der vom Nichtberechtigten vorgenommenen Verpfändungen genehmigen und damit die anderen in der Unwirksamkeit belassen ²⁾. Da die Genehmigung aber zurück wirkt, müssen die genehmigten Verpfändungen im Verhältnis zueinander immer entsprechend der Zeitfolge ihrer Vornahme konvaleszieren, ganz gleich, wann und in welcher Reihenfolge die einzelnen Genehmigungen erteilt worden sind.

IV. D

Die mehreren Verfügungen des Nichtberechtigten widersprechen sich.

Beispiele: Mehrere Übertragungen des Alleineigentums an der

1) von Tuhr II 1 S. 386.

2) Meist wird man in solchem Verhalten die Verweigerung der Genehmigung hinsichtlich der anderen Verfügungen sehen müssen.

selben Sache oder Übereignung und spätere Verpfändung der Sache; auch mehrfache Abtretung der selben Forderung.

In diesen Fällen ist eine gleichzeitige Konvaleszenz, ein Nebeneinander-wirksam-werden logisch ausgeschlossen.

(In den folgenden Erörterungen wird zur Vereinfachung in der Regel davon ausgegangen, daß es sich jeweils nur um zwei Verfügungen handelt.)

Solange beide Verfügungen sich noch im Stadium der Unwirksamkeit befinden, besteht die Kollision nur latent; sie muß erst gelöst werden, wenn ein Konvaleszenzgrund eintritt.

IV. D 1 a

Die Kollision wird am einfachsten dadurch gelöst, daß der Berechtigte eine der beiden sich widersprechenden Verfügungen genehmigt.

Es sei von dem Beispiel ausgegangen, daß der Nichtberechtigte N eine dem E gehörige Sache zuerst dem A übereignet und sodann dem B verpfändet.

Beide Verfügungen sind unwirksam, etwa deshalb, weil die Sache dem E abhanden gekommen ist oder weil beide Verfügungsempfänger die Herkunft der Sache kennen, also bösgläubig sind. Genehmigt E die Verfügung an A, so ist die Kollision endgültig gelöst; A wird rückwirkend Eigentümer und für eine von E ausgehende Konvaleszenz der Verpfändung an B ist kein Raum mehr, weil E die Verfügungsbefugnis an A verloren hat.

Dagegen ist hier denkbar, daß die Verpfändung an B nachträglich von A ausgehend konvalesziert. Denn da die Genehmigung der Verfügung N - A den A rückwirkend zum Eigentümer macht, ist die Sache in einem Zeitpunkt an B verpfändet worden, in dem sie bereits dem A gehörte.

IV. D 1 b

Anders ist es, wenn E allein die spätere Verpfändung an B genehmigt. Dann bleibt er ja Inhaber des Verfügungsrechts und kann später die -früher erfolgte- Übereignung an A doch noch

genehmigen oder diese kann aus anderen Gründen konvaleszieren. Hinsichtlich der Auswirkung dieser zweiten Genehmigung bzw. nachträglichen Konvaleszenz auf das Schicksal der zuerst genehmigten späteren Verfügung gilt das oben unter III. B 2 a Gesagte entsprechend.

Würde es sich um zwei Verfügungen handeln, von denen jede die Übertragung des Hauptrechts und damit des Verfügungsrechts beinhaltet, also etwa zwei Übereignungen oder zwei Vollabtretungen einer Forderung, so könnten die vorstehend erörterten Verschiedenheiten nicht auftreten.

Man kann allgemein formulieren:

Die Kollision zweier nicht in Einklang stehender Verfügungen eines Nichtberechtigten wird durch die Genehmigung einer dieser Verfügungen seitens des Berechtigten nur dann endgültig gelöst, wenn diese Verfügung die Übertragung der Verfügungsbefugnis mit enthält.

In manchen Kommentaren findet sich die Formulierung, daß der Berechtigte stets nur eine der nicht in Einklang stehenden Verfügungen genehmigen könne, weil damit die Rechtsmacht zur Genehmigung einer weiteren Verfügung entfalle ¹⁾. Das ist unzutreffend, zumindest aber irreführend, weil hier vorausgesetzt wird, daß die genehmigte Verfügung stets einen Übergang des Verfügungsrechts auf den Verfügungsempfänger bedeutet, was aber, wie oben dargelegt, durchaus nicht der Fall zu sein braucht.

Besser, wenn auch nicht ideal, ist die Formulierung bei Staudinger-Coing ²⁾, wonach Genehmigung beider nicht in Einklang stehender Verfügungen hintereinander rechtlich unmöglich ist. Das ist richtig, wenn man unter "hintereinander" die Reihenfolge versteht, die der Zeitfolge der Vornahme der Verfügungen entspricht. In umgekehrter Reihenfolge ist aber eben in bestimmten Fällen, wie aus obigem Beispiel hervorgeht, ein "Hintereinander" möglich, freilich mit den Rechtsfolgen, auf die

1) so bei Schlegelberger-Vogels, § 185 Nr. 18 sowie Planck-Flad, § 185 Anm. 8.

2) § 185 Nr. 9.

vorstehend hingewiesen wurde.

IV. D 2

Wichtig ist die Frage, was zu gelten hat, wenn der Berechtigte beide nicht in Einklang stehenden Verfügungen des Nichtberechtigten gleichzeitig genehmigt. Dieser Fall kann eintreten, wenn der Berechtigte sich über den inneren Widerspruch der Verfügungen irrtümlich nicht im klaren ist, oder wenn Genehmigungserklärungen, die zu verschiedenen Zeiten von ihm abgegeben wurden, im selben Zeitpunkt zugehen. Allgemein wird hier die Auffassung vertreten, es habe eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 185 II 2 zu erfolgen, wonach dann die frühere Verfügung allein wirksam wäre ¹⁾.

So einleuchtend eine solche Regelung auch in vielen Fällen ist, so bestehen gegen ihre unterschiedslose Anwendung doch Bedenken. Die Genehmigung ist ein Konvaleszenzgrund, der weitgehend in persönlichen Motiven des genehmigenden Berechtigten wurzelt. Denn der Zustimmende kann in der Regel frei darüber entscheiden, ob er genehmigen will oder nicht. Nur in selteneren Fällen kann er aus Rechtsgründen einmal dazu gezwungen sein, die Genehmigung gegen seinen momentanen Willen zu erteilen.

Die Abhängigkeit der Genehmigung von individuellen Beweggründen in der Person des Zustimmenden ist besonders stark, wenn mehrere Verfügungen zur Wahl stehen, von denen nur eine wirksam genehmigt werden kann. Der Berechtigte wird hier -wenn er sich dieser Rechtslage bewußt ist- sorgfältig abwägen, welcher Verfügung er den Vorzug geben soll.

Durch diese persönlichen Elemente unterscheidet sich die Genehmigung von der gesetzlichen Automatik der anderen Konvaleszenzgründe. Und diese persönlichen Elemente sind es auch, die es unbillig und mechanistisch erscheinen lassen, wenn man bei Vorliegen zweier gleichzeitiger Genehmigungen, die rechtlich

1) Staudinger-Coing § 185 Nr. 9; Planck-Flad § 185 Anm. 8;
Schlegelberger-Vogels § 185 Nr. 18.

nicht vereinbar sind, im Hinblick auf ihre Unwiderruflichkeit einfach in analoger Anwendung des § 185 II 2 der früheren den Vorzug gibt. Denn damit wird der Entscheidungsspielraum, den der Berechtigte an sich hatte, unbeachtet gelassen. Es dürfte statt dessen besser sein, wenn man versucht, zu ermitteln, welche von beiden Verfügungen der Berechtigte bei richtiger Einschätzung der Rechtslage gewählt hätte. Erst wenn sich auf diesem Wege keine Klarheit gewinnen läßt, bietet die Analogie zu § 185 II 2 den nächstliegenden Weg zur Entscheidung.

IV. D 3

Kommt Genehmigung als Konvaleszenzgrund nicht in Betracht, sondern liegt statt dessen der Fall des Erwerbs oder der Vereinigung vor, so ist die Kollision mehrerer nicht im Einklang stehender Verfügungen des Nichtberechtigten nach der Spezialvorschrift des § 185 II 2 zu lösen; es soll dann nur die frühere Verfügung wirksam werden.

In dieser Regelung ist nicht einfach der Ausdruck des Prinzips *prior tempore potior iure* zu sehen. Vielmehr liegt ihr offensichtlich die Überlegung zugrunde, daß der Berechtigte von den Verfügungen, die in der Reihenfolge ihrer Vornahme nicht miteinander in Einklang stehen, ja auch nur die frühere hätte treffen können. Denn mit dieser Verfügung hätte er die Rechtsmacht für weitere Verfügungen verloren. Gerade hieraus ergibt sich eindeutig, welche Absicht der Gesetzgeber mit der Konvaleszenzvorschrift des § 185 II allgemein verfolgt hat: die Lage herzustellen, die entstanden wäre, wenn der Nichtberechtigte von Anfang an als Berechtigter gehandelt hätte.

Die "frühere Verfügung" im Sinne des § 185 II 2 ist diejenige, deren sämtliche Elemente bzw. Teilakte zuerst vorgelegen haben. Handelt es sich z. B. um mehrere Übereignungen ein und derselben Sache, so ist diejenige Verfügung die frühere, bei der es zuerst zu Einigung und Übergabe bzw. Übergabesurrogat gekommen ist. Entsprechendes gilt von Verfügungen, für die eine besondere Erklärung notwendig ist oder die eine besondere Form erfordern. Deshalb ist es denkbar, daß eine verhältnis-

mäßig kurz vor Konvaleszenz getroffene Verfügung als die frühere anzusehen ist, während eine andere -im Grunde wesentlich ältere- zurücktreten muß, weil etwa der Zugang einer Erklärung oder ein anderes gesetzliches Erfordernis ihrer Vollständigkeit in diesem Zeitpunkt noch fehlt ¹⁾. Im Grunde können sich aber hieraus keine Unklarheiten oder Schwierigkeiten ergeben, wenn man beachtet, daß das Rechtsgeschäft "Verfügung" in seiner eingangs angegebenen Definition ²⁾ das Vorhandensein aller seiner jeweils gesetzlich festgelegten Bestandteile umschließen muß und daß deshalb eine unvollständige Verfügung ein Widerspruch in sich, nämlich noch gar keine Verfügung ist.

Aus diesen Grundsätzen folgt aber nicht etwa, daß die Lage, wie sie durch das Zusammentreffen der notwendigen Verfügungselemente beim Verfügungsempfänger entstanden ist, im Zeitpunkt der Konvaleszenz noch andauern müsse. Wenn zum Tatbestand einer Verfügung die Übergabe einer beweglichen Sache gehörte und wenn dem Verfügungsempfänger durch die Übergabe der unmittelbare Besitz an der Sache verschafft wurde, so braucht der Verfügungsempfänger bei Eintritt eines Konvaleszenzgrundes nicht mehr im Besitz der Sache zu sein. Es spielt auch keine Rolle, ob er den Besitz mit oder ohne Willen verloren hat. Die Konvaleszenz tritt in jedem Falle ein. Der Grund liegt darin, daß eine Verfügung eben immer schon dann vorliegt, wenn ihre notwendigen Teilakte gleichzeitig vorhanden sind. Eine andere Frage ist, ob sie in diesem Zeitpunkt auch wirksam ist. Die Wirksamkeit einer Verfügung ist nicht Teil ihres Wesens, sondern Voraussetzung ihrer rechtlichen Bedeutung. Das ergibt sich eindeutig aus dem Gesetz, wenn es von unwirksamen oder wirksamwerdenden Verfügungen spricht.

Dementsprechend wird durch die Konvaleszenz die Verfügung nicht etwa zum vollständigen, sondern lediglich zum wirksamen Rechtsgeschäft. Deshalb ist allein entscheidend, daß die notwendigen

1) von Tuhr II 1 S. 385 Anm. 128.

2) siehe oben unter II. A.

Verfügungselemente einmal vollzählig vorhanden waren und in ihrem Zusammenspiel eine wirksame Verfügung ergeben hätten, wenn der Verfügende Berechtigter gewesen wäre.

Andernfalls wären z. B. mehrere Verfügungen des Nichtberechtigten über den gleichen Gegenstand in den meisten Fällen (bei beweglichen Sachen) gar nicht möglich. Denn die Vornahme der nachfolgenden Verfügung hätte dann jeweils die Zerstörung des Tatbestandes der vorhergegangenen zur Voraussetzung. Hätte der Gesetzgeber solche Einschränkungen gewollt, so wäre das in irgendeiner Weise in der Formulierung des § 185 zum Ausdruck gekommen.

Die Regelung des § 185 II 2 gewährleistet indessen nicht immer billige Ergebnisse; es gibt sogar Fälle, in denen ihre einfache Anwendung dem vom Gesetzgeber gewollten Sinn des Konvalensenzprinzips direkt widerspricht.

IV. D 4

Ob § 185 II 2 im Einzelfalle eine gerechte und interessengemäße Lösung der bestehenden Kollision bewirken kann, hängt weitgehend davon ab, ob und inwieweit der erste Verfügungsempfänger das Zustandekommen der zweiten Verfügung mit ermöglicht bzw. veranlaßt hat.

Man kann in dieser Hinsicht vier Fallgruppen unterscheiden:

IV. D 4 a

Die weitere Verfügung des Nichtberechtigten erfolgt ganz unabhängig vom ersten Verfügungsempfänger.

Beispiel: Der Nichtberechtigte übereignet dem A mittels Übergabe eine dem E gehörige Mobillie, verschafft sie sich dann ohne Willen des A (§ 935 I) von diesem wieder und übereignet sie nun in gleicher Weise dem B. Oder: Der Nichtberechtigte tritt ein und dieselbe Forderung des Gläubigers E nacheinander an A und an B ab. In solchen Fällen hat der erste Verfügungsempfänger A nicht den geringsten Einfluß auf das Zustandekommen der zweiten Verfügung genommen. Diese beruht allein auf der Willkür des Nichtberechtigten. Bei Konvalensenz (in den "beiden

letzteren Fällen"; Erwerb oder Vereinigung) bietet die Vorschrift des § 185 II 2 hier die einzig mögliche und auch allein billige Lösung.

IV. D 4 b

Der erste Verfügungsempfänger schafft bzw. duldet eine Lage, in der die Wirksamkeit der weiteren Verfügung des Nichtberechtigten normalerweise ¹⁾ vom Eingreifen der Gutgläubensvorschriften zu Gunsten des nachfolgenden Verfügungsempfängers abhängen würde (Anvertrauungstatbestand).

IV. D 4 b aa

Zunächst seien hier die Fälle vorweg genommen, in denen eine solche Anwendung der Gutgläubensvorschriften ausscheidet. Wenn der zweite Verfügungsempfänger die Herkunft der Sache kennt, die ihm vom Nichtberechtigten im Zuge der Verfügung übergeben wird, oder wenn der Nichtberechtigte das zweite Mal ohne Übergabe verfügt (z. B. Sicherungsübereignung, §§ 930, 933!); ist gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen und das Verhältnis der beiden konkurrierenden Verfügungen ist ausschließlich nach § 185 II 2 zu beurteilen.

Merkwürdigerweise besteht in der Rechtsprechung in dieser Hinsicht bisweilen Unklarheit.

Die Entscheidung RGZ 95/105 behandelt einen Fall, in dem der Vorbehaltskäufer einer Sache folgende zwei Verfügungen trifft:

- 1.) veräußert er die Sache an einen bösgläubigen Dritten,
- 2.) tritt er seinen "Anspruch auf Eigentumsübertragung" an einen anderen ab. Das RG ist der Ansicht, daß allein die letztere Verfügung wirksam geworden sei, und zwar mit der Begründung, daß nach Abtretung des Übereignungsanspruches die erste Verfügung nicht mehr habe wirksam werden können, weil das Eigentum bei Bedingungseintritt nunmehr direkt vom Vorbehaltsverkäufer auf den Zessionar übergegangen sei.

Diese Auffassung muß als unrichtig bezeichnet werden, und zwar deshalb, weil sie Erfüllungshandlung und Erfüllungserfolg logisch

1) "Normalerweise" heißt hier: In dem Fall, daß der Nichtberechtigte als ursprünglich Berechtigter handeln würde.

nicht genügend trennt. Der Vorbehaltsverkäufer schuldet zwar nach § 433 I die Eigentumsverschaffung und man kann erst dann von vollständiger Erfüllung sprechen, wenn das Eigentum tatsächlich auf den Käufer übergegangen ist. Es ist aber zu beachten, daß die Erfüllungshandlung des Vorbehaltskäufers hier bereits dann abgeschlossen ist, wenn die Übereignungselemente des § 929 vorliegen. Wenn Einigung über den bedingten Eigentumsübergang und Übergabe erfolgt sind, hat der Verkäufer auf seiner Seite alles getan, was zur gewollten bedingten Eigentumsübertragung erforderlich ist. Der Erfüllungserfolg, der tatsächliche Eigentumsübergang auf den Käufer, ist vom Eintritt der Bedingung (Restkaufpreiszahlung) abhängig. Hierauf hat der Verkäufer aber keinen unmittelbaren Einfluß, vielmehr ist es allein Sache des Käufers, den endgültigen Eigentumsübergang durch Zahlung herbeizuführen. Ein Anspruch auf Übertragung des Eigentums muß sich nach der in § 194 I enthaltenen Definition des Anspruchsbegriffes auf ein bestimmtes Tun des Voreigentümers richten. Im vorliegenden Fall, in dem der Voreigentümer bereits alle Erfüllungshandlungen in Richtung auf die Eigentumsübertragung ausgeführt hatte, konnte ein solcher Anspruch deshalb schlechthin nicht mehr gegeben sein. Seine Abtretung war daher nicht möglich.

Der Vorbehaltskäufer konnte an den zweiten Verfügungsempfänger über das (noch nicht erworbene) Eigentum an der Sache verfügen, aber nicht über den Eigentums- Übertragungsanspruch. In jedem Falle durfte nach Bedingungseintritt nur die erste Verfügung für wirksam erklärt werden, denn entweder war § 185 II 1 auf diese allein anzuwenden oder -wenn man die Abtretung ihrem Sinne nach als eine Verfügung des Vorbehaltskäufers über das Eigentum ansieht- § 185 II 2 auf beide Verfügungen.

Unter der gleichen Betrachtungsweise hinsichtlich des Eigentumsüberganges auf den Vorbehaltskäufer leidet auch die Entscheidung RGZ 140/223. Zwar wird hier von den zwei Verfügungen, die der Nichtberechtigte getroffen hat, nur die erste als wirksam angesehen; ein Ergebnis, das nach Lage des Falles vollauf befriedigt.

Diese Lösung wird aber damit begründet, daß die zweite Verfügung -eine Sicherungsübereignung der unter Vorbehalt gekauften Sache- deshalb nicht wirksam sei, weil der Vorbehaltsverkäufer ihr nicht zugestimmt habe, bzw. weil es an einer direkten Einigung zwischen ihm und dem zweiten Verfügungsempfänger bei Bedingungseintritt fehle. Bei Vorliegen einer dieser Voraussetzungen hätte das RG demnach die zweite Verfügung als wirksam angesehen und ihr damit den Vorzug vor der ersten gegeben.

Das RG übersieht auch hier, daß der Vorbehaltsverkäufer nach der unter einer Bedingung erfolgenden Übereignung keinerlei Verfügungsrecht mehr über das Eigentum an der Sache hat. Die Entscheidung hätte auch hier einzig und allein auf Grund des § 185 II 2 erfolgen dürfen ¹⁾.

IV. D 4 b bb

Schwierigere Probleme ergeben sich, wenn der Gutgläubensschutz des zweiten Verfügungsempfängers im Falle der Berechtigung des Verfügenden tatsächlich wirksam wäre.

Als Beispiel diene folgender Fall:

N übereignet eine dem E abhanden gekommene Mobilité mittels Übergabe -unwirksam- dem A, leiht sie sich von diesem zurück und übereignet sie in gleicher Weise -ebenfalls unwirksam- dem gutgläubigen B. Danach tritt Konvaleszenz durch Erwerb oder Vereinigung ein.

Hier liegen klar zwei Verfügungen des Nichtberechtigten über den selben Gegenstand vor, die miteinander nicht in Einklang stehen. Die Voraussetzungen des § 185 II 2 sind damit gegeben; nach dem Willen des Gesetzes wird nur die frühere Verfügung wirksam, hier also die zuerst vorgenommene Übereignung an A. Nimmt man hier aber an, N wäre bei Vornahme seiner ersten Verfügung Berechtigter gewesen, so hätte sich der Fall wie folgt entwickelt; die Übereignung an A wäre wirksam gewesen, da A vom Berechtigten erworben hätte. A hätte denn als Eigentümer der Sache diese wieder an N ausgeliehen. N jedoch hätte sie danach wirksam an B veräußert,

1) So schon Bartels in einer Besprechung dieser Entscheidung in JW 33/2573.

da B gutgläubig war und ihm die Sache auch von N übergeben wurde; § 932. A hätte auf diese Weise sein Eigentum an der Sache an B verloren.

Hier wird deutlich, daß die Regel des § 185 II 2 zu einem dem Grundgedanken des Konvaleszenzprinzips zuwiderlaufenden Ergebnis führt.

IV. D 4 b bb aaa

Wenn der Eigentümer einer Mobilität eine Besitzlage schafft, die in ihrer Divergenz von Eigentum und unmittelbarem Besitz den Erwerb durch einen Gutgläubigen ermöglicht, so entscheidet das Gesetz den Interessenstreit zwischen dem Eigentümer und dem Gutgläubigen zu Gunsten des Letzteren. Hier, in vorliegendem Fall, gehörte die Sache dem A nicht einmal, sondern er war äußerstenfalls "Putativ-Eigentümer". Und hier erhält A durch die Regel des § 185 II 2 unbeschadet der Gutgläubigkeit des Verfügungsempfängers B bei Konvaleszenz das Eigentum an der Sache; er kann sie nach § 985 von B herausverlangen. Mit anderen Worten: Der Nichteigentümer A, der einen Anvertrauungstatbestand schafft bzw. duldet, steht sich hier besser als der Eigentümer A, der das selbe tut, weil ihn die Konvaleszenzregel des § 185 II 2 praktisch vor der Auswirkung des § 932 bewahrt.

Man kann hier nicht einwenden, ein gutgläubiger Erwerb durch B sei z. Zt. der Verfügung an B ohnehin nicht in Frage gekommen, weil die Sache ja abhanden gekommen gewesen sei, und infolgedessen sei auch das Ergebnis bei Konvaleszenz richtig. Dabei bliebe nämlich unberücksichtigt, daß B in jedem Falle gutgläubig Eigentum erworben hätte, wenn der Verfügende N bei seiner ersten Verfügung an A Berechtigter gewesen wäre. Denn dann wäre A Eigentümer geworden und folglich hätte N bei seiner späteren Verfügung an B dieses Eigentum gemäß § 932 wirksam auf B übertragen.

Daß es trotz Gutgläubigkeit des B nicht zu dessen Eigentumserwerb kam, war ausschließlich eine Folge des Umstandes, daß die Sache ihrem ursprünglichen Eigentümer E abhandengekommen war und somit

§ 935 I eingriff. § 935 I ist jedoch eine Vorschrift, die nur diesen Schutz des Eigentümers bezweckt; irgendwelche begünstigenden Nebenwirkungen auf Dritte soll sie nicht ausüben. Eine solche Nebenwirkung ist es aber, wenn der erste Verfügungsempfänger A nach § 185 II 2 nun doch das Eigentum an der Sache erhält. Denn dann zieht A den Nutzen daraus, daß die Sache z. Zt. der Verfügung an den gutgläubigen B ihrem Eigentümer abhanden gekommen war. Wenn nämlich Konvaleszenz durch Erwerb oder Vereinbarung eintritt, so wird die Schutzfunktion des § 935 I gegenstandslos, weil entweder das Eigentum auf den bisher Nichtberechtigten übergeht (Erwerb) oder weil der ursprüngliche Eigentümer nunmehr an die Verfügungen des verstorbenen Nichtberechtigten gebunden ist (Vereinigung).

Die Konvaleszenzregeln müßten jetzt also allein die Lage schaffen, die bei Berechtigung des N entstanden wäre. Die hier anzuwendende Vorschrift des § 185 II 2 vermag das aber eben nicht. Es entsteht ein unbilliges Resultat.

Freilich wird mit der aus § 185 II 2 folgenden gesetzlichen Lösung der Sinn des Konvaleszenzprinzips nicht schlechthin verletzt. Der Ausgleichs- bzw. Rekonstruktionsabsicht des Gesetzgebers ist insofern entsprochen, als die erste Verfügung für wirksam erklärt wird, die ja bei Berechtigung des Verfügenden ebenfalls wirksam gewesen wäre.

Wenn aber die im Endergebnis trotzdem vorhandene Diskrepanz zwischen gesetzlicher Regelung und gesetzgeberischer Absicht überbrückt werden soll, so ist darüber hinaus ein Weiteres notwendig: nämlich eine Möglichkeit, die für die Vornahme der zweiten Verfügung maßgebenden und kennzeichnenden Tatsachen bei der Kollisionsentscheidung in befriedigender Weise mit zu berücksichtigen.

bbb)
Aus dem Gesetz selbst ergibt sich eine solche Möglichkeit nicht.

Der zweite Verfügungsempfänger konnte nicht gutgläubig erwerben, weil die Sache ihrem Eigentümer abhanden gekommen war. Mit

dem Eintritt des Konvaleszenzfalles (Erwerb oder Vereinigung) haftet nun allerdings der Sache der gesetzlich zu berücksichtigende Makel des Abhandengekommenseins nicht mehr an. Denn entweder hat der Nichtberechtigte das Verfügungsrecht erworben oder der Berechtigte hat den Nichtberechtigten beerbt, haftet unbeschränkt und ist deshalb an dessen Verfügung gebunden. In beiden Fällen ist eine Anwendung des § 935 I gegenstandslos geworden. Daraus folgt aber nicht, daß der gutgläubige Erwerb des zweiten Verfügungsempfängers jetzt -gewissermaßen automatisch- nachträglich wirksam werden könnte. Beim Eintritt des Konvaleszenzgrundes wird das schon durch den Gesetzeswortlaut des § 185 II 2 ausgeschlossen. Das Wirksamwerden des gutgläubigen Erwerbs wäre letzten Endes das Wirksamwerden einer Verfügung. Sie stünde zu der eindeutigen Regelung des § 185 II 2 in Widerspruch, die eben allein die erste Verfügung des Nichtberechtigten konvaleszieren läßt.

Aber auch nach vollendeter Konvaleszenz der ersten Verfügung läßt sich ein nachträgliches Wirksamwerden des gutgläubigen Erwerbs des zweiten Verfügungsempfängers aus dem Gesetz nicht ableiten. Denn dann müßte im Verhältnis zwischen dem ersten Verfügungsempfänger als neuem Eigentümer und dem Nichtberechtigten ein gesonderter, neuer Konvaleszenzstatbestand vorliegen. Das ist jedoch offensichtlich nicht der Fall.

Ein "selbständiges" Wirksamwerden des gutgläubigen Erwerbs -unabhängig von den Konvaleszenzgründen des § 185 II, allein deshalb, weil die Sache jetzt nicht mehr abhanden gekommen ist- scheidet aus. Wie sich aus den Protokollen für die zweite Lesung des BGB-Entwurfs ¹⁾ ergibt, sollten in § 185 II eine Reihe von einzelnen Konvaleszenzbestimmungen zu einem allgemeinen Prinzip zusammengefaßt werden. Ist das Prinzip aber allgemein, so folgt daraus, daß die in § 185 II normierten Konvaleszenzfälle eine erschöpfende Regelung darstellen und daß somit ein nachträgliches Wirksamwerden von Verfügungen Nichtberechtigter in anderen als den dort vorgesehenen Fällen vom Gesetzgeber nicht gewollt ist.

1) Protokolle Band I S. 179.

Ist hiernach eine befriedigende Lösung aus dem Gesetz selbst nicht zu gewinnen, so bietet sich dennoch ein gangbarer Weg, nämlich durch eine bestimmte analoge Anwendung des § 185 II 1.

Der Klarheit und Übersicht halber sei an dieser Stelle das Ausgangsbeispiel noch einmal wiederholt:

Der Nichtberechtigte N übereignet eine dem Eigentümer E abhanden gekommene Sache dem A; zwischen N und A wird ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart. Sodann übereignet N die Sache mittels Übergabe dem gutgläubigen B. Beide Verfügungen sind unwirksam, da die Sache dem E abhanden gekommen war. -Anschließend tritt Konvaleszenz durch Erwerb oder Vereinigung ein.

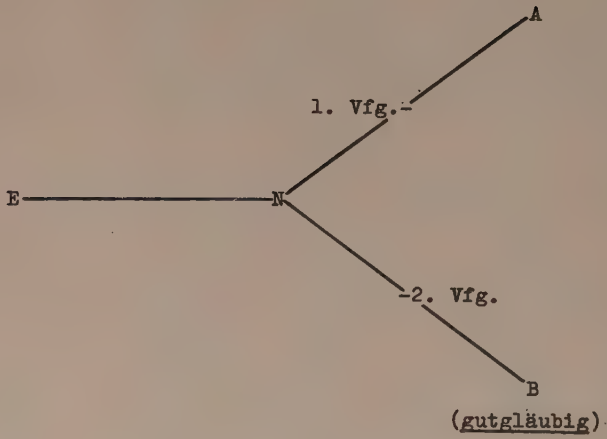
ccc)

Die folgende Überlegung geht davon aus, daß auch der erste Verfügungsempfänger A -solange noch kein Konvaleszenzgrund eingetreten ist, als Nichtberechtigter im Sinne des § 185 zu gelten hat. Dabei ist es gleich, ob er dies weiss oder nicht. Es ist nicht etwa ein Kriterium des Nichtberechtigtenbegriffes, daß der Verfügende den Mangel seiner Verfügungsbefugnis auch kennt. Die Konvaleszenzvorschriften wollen normalisieren; und diese Normalisierungstendenz ist unabhängig von subjektiven Momenten in der Person dessen, der ohne Berechtigung verfügt. Hätte also A -ehe er durch § 185 II 2 Eigentümer wurde- seinerseits über die Sache verfügt, so wären die Konvaleszenzvorschriften auch auf ihn anzuwenden.

ddd)

Hätte z. B. A die Sache, anstatt sie dem N zu überlassen, direkt mittels Übergabe dem B veräußert, dann wäre er im Konvaleszenzfalle an diese seine Verfügung gebunden gewesen. Denn die Verfügung des N an A macht den A im Konvaleszenzfalle zum Eigentümer. Dieser Eigentumserwerb des A würde aber nun seinerseits einen Konvaleszenzfall darstellen: A würde den "Gegenstand erwerben" (§ 185 II 1). Damit würde aber dann seine Verfügung an B wirksam und B würde Eigentümer. B hätte mittlerweile -unwirksam- an einen Dritten, dieser an einen Vierten usw. verfügt haben können. Man kann sich das über eine beliebige Zahl von Zwischengliedern vorstellen. Bei Konvaleszenz der ersten Ver-

S k i z z e z u S e i t e 39



fügung (des N) würde dann eine Kettenreaktion eintreten: Das Wirksamwerden der vorhergehenden Verfügung würde jeweils den Konvaleszenzgrund der nachfolgenden bilden. Berechtigter würde der Letzte, das Endglied der Kette sein.

eee)

Dies führt zu folgender Gegenüberstellung: Ein Berechtigter ¹⁾ ist an seine eigene Verfügung (im Normfall) immer gebunden. Ein Berechtigter ist auch an eine Verfügung gebunden, die ein unbefugter Dritter ²⁾ im eigenen Namen über das Recht trifft, sofern beim Verfügungsempfänger die Vorschriften zum Schutze Gutgläubiger eingreifen (Hauptfall § 932). Ein Nichtberechtigter im Sinne des § 185 -auch wenn er nur "Kettenglied" in einer Konvaleszenzreihe ist- ist an seine eigene Verfügung ebenfalls immer gebunden, wenn er nachträglich Berechtigter wird. Die Normalisierungstendenz des § 185 II schafft hier eine genaue Parallele zur Lage beim Berechtigten.

Es fragt sich, ob es zulässig ist, für den Nichtberechtigten auch die zweite Parallele zu ziehen, sodaß sich folgender Satz ergäbe: Ein Nichtberechtigter soll -wenn er nachträglich Berechtigter wird- auch an eine Verfügung gebunden sein, die ein unbefugter Dritter im eigenen Namen getroffen hat, sofern diese Verfügung für ihn als Berechtigten wegen der Gutgläubigkeit des Verfügungsempfängers bindend gewesen wäre.

Im Vorstehenden wurde dem Berechtigten der Nichtberechtigte gegenübergestellt, der den Verfügungsgegenstand erwirbt. Im gleichen Sinne kann aber dem ursprünglichen Berechtigten auch der Berechtigte gegenübergestellt werden, der den Nichtberechtigten bei unbeschränkter Haftung beerbt hat (Fall der Vereinigung). Die obigen Sätze würden dann so lauten: Der Berechtigte ist an die Verfügung eines Nichtberechtigten ebenfalls immer gebunden, wenn er diesen beerbt hat und für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (§ 185 II 1). Es fragt sich,

-
- 1) Hierbei ist vorausgesetzt, daß -wie es meist auch der Fall ist- Hauptrecht und Verfügungsbefugnis zusammen fallen.
 - 2) Um Unklarheit zu vermeiden, wird der an sich zutreffendere Ausdruck "Nichtberechtigter" an dieser Stelle bewußt vermieden. Auch in den unmittelbar folgenden Erörterungen wird er durch die Bezeichnung "Dritter" ersetzt.

ob es zulässig ist, für den Berechtigten, der den Verfügenden bei unbeschränkter Haftung beerbt hat, auch die zweite Parallele zu ziehen, sodaß sich folgender Satz ergäbe: Der Berechtigte soll -wenn er den Nichtberechtigten beerbt hat und für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet- auch an eine Verfügung gebunden sein, die ein unbefugter Dritter im eigenen Namen getroffen hat, sofern diese Verfügung für den Nichtberechtigten -dessen Berechtigung angenommen- wegen Gutgläubigkeit des Verfügungsempfängers bindend gewesen wäre.

fff)

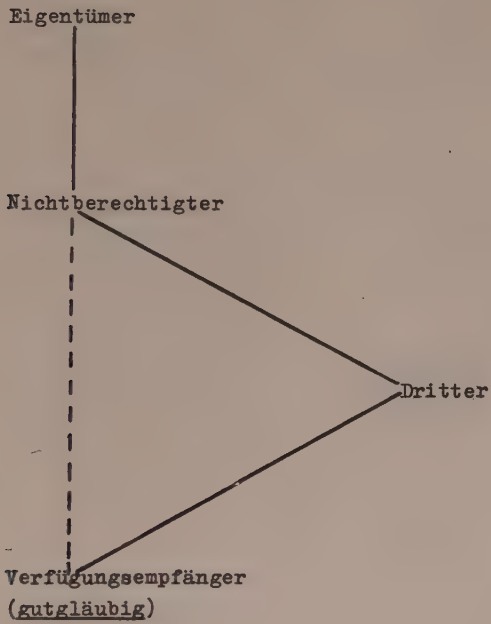
Die allgemeine Frage lautet mit anderen Worten: Läßt sich in den Fällen des Erwerbs und der Vereinigung eine entsprechende Anwendung des § 185 II 1 auf solche Verfügungen rechtfertigen, die der Nichtberechtigte zwar nicht selbst getroffen hat, die für ihn aber -wäre er Berechtigter gewesen- infolge des Eingreifens von Gutglaubensvorschriften Wirksamkeit gehabt hätten?

An dieser Stelle wird die Behandlung des Ausgangsfalles (IV D 4 b bb) unterbrochen. Es wird zunächst allein die vorstehende allgemeine Frage -unabhängig vom Ausgangsfall- untersucht. Ausschließlich hierzu dient die Hilfsskizze Seite 43. Danach werden die hier gewonnenen Ergebnisse bei der Lösung des Hauptfalles verwertet (S. 49).

ggg)

Gegen eine solche Analogie könnte ganz allgemein eingewandt werden, daß § 185 II ja die Konvaleszenz ohne jede Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben des Verfügungsempfängers vorsehe und daß er deshalb seinem Wesen nach eine entsprechende Anwendung auf Verfügungen, die ihre Wirksamkeit normalerweise nur der Gutgläubigkeit des Verfügungsempfängers verdanken, nicht vertrage. Dieses Argument wäre aber nur dann stichhaltig, wenn eine solche Analogie dem vom Gesetzgeber gewollten Sinn des § 185 II in irgend einer Weise widerspräche. Sinn dieser Vorschrift ist, eine Ausnahmesituation, die durch die Verfügung(en) eines Nichtberechtigten entstanden ist, auf die Lage des Regelfalles zurückzuführen, d. h. die Lage herzustellen, die bestehen würde, wenn der Nichtberechtigte von

S k i z z e z u S e i t e 42



vornherein Berechtigter gewesen wäre. Gerade das aber würde durch die Analogie bewirkt. Denn wenn der Nichtberechtigte (vgl. Skizze Seite 43) tatsächlich Eigentümer der Sache gewesen wäre, dann wäre die Verfügung des Dritten, die dieser unter Ausnutzung des bestehenden Anvertrauungstatbestandes treffen konnte, in jedem Falle nach § 932 wirksam gewesen. Ein Widerspruch gegen den Grundgedanken des Konvaleszenzprinzips bestünde also insoweit nicht.

Bedenken gegen die Analogie können auch nicht damit begründet werden, daß das Eingreifen von Gutgläubensvorschriften zu Gunsten eines Verfügungsempfängers eine Anwendbarkeit des § 185 II schlechthin ausschließe, weil dann Konvaleszenz nicht in Betracht komme (das ist nicht der selbe Einwand wie oben!). Hier geht es ja gerade um Fälle, in denen gutgläubiger Erwerb -trotz guten Glaubens des Verfügungsempfängers- nicht stattfinden konnte. Die Tatsache, daß eine Verfügung kraft guten Glaubens hätte wirksam werden können, bzw. daß sie nur aus besonderen Gründen (§ 935 I) nicht in dieser Weise wirksam geworden ist, steht einer Anwendbarkeit des § 185 II niemals entgegen. Gutgläubigkeit schließt § 185 II nur dann aus, wenn die Verfügung allein dadurch -sofort- wirksam wird. Dann ist kein Raum für schwebende Unwirksamkeit.

Ein wesentlicher Einwand gegen die analoge Anwendung des § 185 II 1 könnte aber daraus hergeleitet werden, daß dann ja gar nicht eine eigene Verfügung des Nichtberechtigten, sondern die eines Dritten konvalesziere, der weder die Verfügungsmacht über das Hauptrecht erlangt, noch den Nichtberechtigten durch Erbfall bei unbeschränkter Haftung an seine Verfügung gebunden habe.

Gerade hierin jedoch liegt Zweck und Notwendigkeit der entsprechenden Anwendung. Wohl liegen im Verhältnis des Dritten zum Nichtberechtigten Konvaleszenzgründe nicht vor. Sie liegen aber vor im Verhältnis des Nichtberechtigten zum Berechtigten, zum ursprünglichen Eigentümer der Mobilität, über die der Dritte verfügt hat ¹⁾. Und gerade weil die Verfügung des Dritten für

1) vgl. Skizze Seite 43.

den Nichtberechtigten -wäre er Eigentümer gewesen- wie eine eigene Verfügung bindend gewesen wäre, deshalb soll die gleiche Wirkung eintreten, wenn er -der Nichtberechtigte- nachträglich Eigentümer wird (das ist der Fall des Erwerbs; für den Fall der Vereinigung gilt wieder Entsprechendes für den ursprünglich Berechtigten).

Durch die vorgeschlagene Analogie entstehen tatsächlich keinem der Beteiligten irgend welche Rechtsnachteile.

Der "Berechtigte" in seiner ursprünglichen Rechtsposition existiert nach dem Eintritt des Konvaleszenzgrundes nicht mehr. Denn entweder erwirbt der Nichtberechtigte den Gegenstand, dann wird dieser seinerseits Berechtigter, oder der ursprünglich Berechtigte beerbt den Nichtberechtigten bei unbeschränkter Erbenhaftung. Dann ist er zwar noch Berechtigter, aber in einer neuen Position, die jetzt durch das vorausgegangene Handeln des Nichtberechtigten bestimmt wird und ihm die Bindung an dessen Verfügungen auferlegt. Der Berechtigte fällt also aus der Betrachtung ganz heraus.

Der Dritte, der das Besitzmittlungsverhältnis zwischen sich und dem Nichtberechtigten zu der eigenmächtigen Verfügung an den Gutgläubigen ausnutzt, wird weder besser gestellt noch benachteiligt, wenn durch die Analogie diese seine Verfügung nachträglich wirksam wird. Denn wäre der Nichtberechtigte bei Begründung des Besitzmittlungsverhältnisses Berechtigter gewesen, dann wäre die Verfügung des Dritten eben auch wirksam erfolgt. Die verschiedenen Möglichkeiten etwaiger obligatorischer Ausgleichsansprüche wegen des eigenmächtigen Handelns des Dritten sind in diesem Rahmen nicht zu erörtern.

Es bleiben somit nur der Nichtberechtigte selbst und der gutgläubige Verfügungsempfänger im Blickfeld ¹⁾. Daß in deren Verhältnis zueinander die durch die Analogie angestrebte Lösung die billigere ist, ergibt sich bereits aus den bisherigen Erwägungen.

1) vgl. Skizze Seite 43.

Es ist dabei gleichgültig, ob der Nichtberechtigte etwa selbst gutgläubig ist oder war. Glaubt er, von seinem Vormann vollgültig Eigentum erworben zu haben und begründet er in diesem Bewußtsein das Besitzmittlungsverhältnis mit dem Dritten, so gebührt ihm keinerlei Schutz. Denn selbst wenn er tatsächlich Eigentümer wäre, würde das Gesetz unter diesen Umständen das Interesse des Gutgläubigen, an den der Dritte verfügt, höher stellen als das seinige. Was aber hier gilt, muß erst recht gelten, wenn der Nichtberechtigte sogar in Kenntnis seiner mangelnden Berechtigung handelt.

Bei dem Gutgläubigen selbst ist der gute Glaube daran, daß die Sache dem veräußernden Dritten gehört, allerdings notwendige Voraussetzung für eine Anwendung der Analogie. Denn beim Fehlen dieses guten Glaubens hätte die Verfügung des Dritten niemals wirksam werden können, auch dann nicht, wenn der Nichtberechtigte, dem der Dritte den Besitz vermittelte, Eigentümer gewesen wäre. (§ 932 Abs. 1) Hier geht es ja aber gerade darum, für Verfügungen, die normalerweise wegen guten Glaubens wirksam gewesen wären, eine ausgleichende, normalisierende Regelung zu schaffen.

Es genügt in diesem Sinne, wenn der Verfügungsempfänger zur Zeit sämtlicher Verfügungsteilakte (Einigung, Übergabe, ggfls. § 933) im guten Glauben war. Nicht zu fordern ist, daß die Gutgläubigkeit auch noch andauern müsse, wenn der Konvaleszenzgrund im Verhältnis zwischen dem Nichtberechtigten und seinem Rechtsvorgänger eintritt, d. h. also derjenige Tatbestand, bei dessen Vorliegen eine eigene Verfügung des Nichtberechtigten direkt nach § 185 II 1 konvaleszieren würde ¹⁾. Das wäre nur dann gerechtfertigt, wenn die Verfügung an den Gutgläubigen durch den Eintritt des Konvaleszenzgrundes überhaupt erst zu einer rechtsgültigen Verfügung gemacht, also irgendwie vervollständigt würde. Gerade dies ist aber nicht der Fall. Sie ist längst abgeschlossen, konnte aber trotz guten Glaubens nicht wirksam sein.

1) Erwerb oder Vereinigung; der Konvaleszenzgrund der Genehmigung ist hier nicht denkbar, da eben eine eigene Verfügung des Nichtberechtigten, die genehmigt werden könnte, nicht vorliegt. Allerdings könnte der ursprünglich Berechtigte die Verfügung des Dritten an den Gutgläubigen direkt genehmigen; das ist jedoch ein ganz anderer Fall.

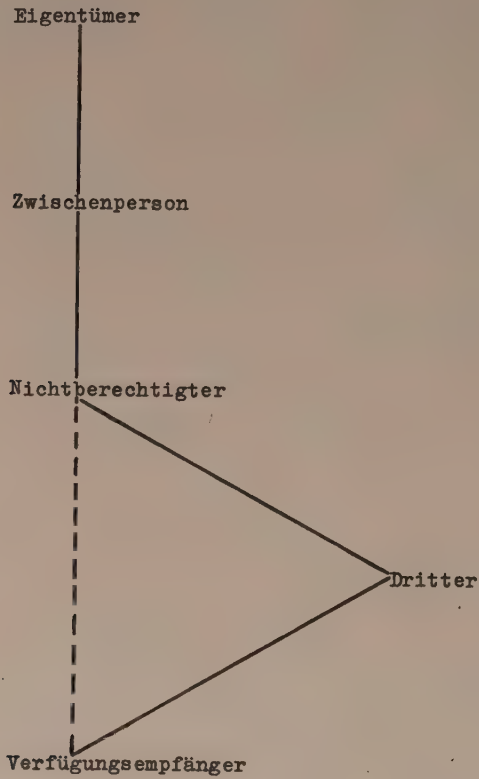
Nunmehr soll sie lediglich -als abgeschlossene Verfügung- nach dem Grundgedanken des § 185 II 1 nachträglich wirksam werden, wie wenn sie vom Nichtberechtigten selbst getroffen worden wäre. Die Konvaleszenz in entsprechender Anwendung des § 185 II 1 soll herbeigeführt werden, weil die Verfügung -wäre der Nichtberechtigte Eigentümer gewesen- kraft guten Glaubens wirksam gewesen wäre; für den Konvaleszenzvorgang selbst kommt es jedoch auf guten oder bösen Glauben des Verfügungsempfängers grundsätzlich nicht an.

Die Lage ist hier also grundsätzlich anders als bei einem zweiten Verfügungsempfänger, der hinsichtlich des Eigentums seines Veräußerers bösgläubig, hinsichtlich einer auf dem Eigentum ruhenden Belastung jedoch gutgläubig ist (oben S. 14). Dort konnte der gute Glaube hinsichtlich des Pfandrechts nur dann helfen, wenn er bei Konvaleszenz der Erwerbsverfügung noch vorhanden war, da der Gutgläubensschutz notwendig mit dem vollendeten Erwerb verbunden ist. Hier ist der gute Glaube an das Eigentum des Veräußerers bei der Verfügung der Grund für die -durch Analogie erreichte- Konvaleszenz, da er normalerweise den vollendeten Erwerb gebracht hätte.

Für die hier erwogene analoge Anwendung des § 185 II 1 spricht noch ein allgemeines Argument:

Im Vorstehenden wurde stets davon ausgegangen, daß der Nichtberechtigte, nachdem er das Besitzmittlungsverhältnis mit dem Dritten begründet hat, entweder den Gegenstand erwirbt oder durch den Berechtigten beerbt wird (Vereinigung). Es ist aber auch denkbar, daß der Nichtberechtigte nicht ex nunc den Verfügungsgegenstand erwirbt, sondern daß er rückwirkend Berechtigter wird. Dieser Fall tritt dann ein, wenn etwa zwischen dem Nichtberechtigten und dem Eigentümer der Sache noch eine Zwischenperson steht, die die Sache dem Eigentümer weggenommen und sodann unwirksam dem Nichtberechtigten übereignet hat und wenn der Berechtigte diese Eigentumsübertragung genehmigt. Durch die Rückwirkung der Genehmigung hat dann der Nichtberechtigte das Besitzmittlungsverhältnis mit dem Dritten als Eigentümer begründet. Die Verfügung des Dritten an den Gutgläubigen ist für ihn somit bindend gewesen (Skizze S. 48).

S k i z z e z u S e i t e 4 7 u n t e n :



Hier handelt es sich einwandfrei um die Konvaleszenz einer "Fremdverfügung", d. h. einer Verfügung, die der Nichtberechtig- te nicht selbst, sondern die ein Dritter im eigenen Namen an den Gutgläubigen vorgenommen hat. Diese Konvaleszenz erfolgte auch nachträglich, denn bis zum Zeitpunkt der Genehmigung war die Verfügung des Dritten unwirksam. Da die Genehmigung zurück- wirkte, erhielt die Verfügung dann ihre Wirksamkeit ex tunc. Wenn nun durch analoge Anwendung des § 185 II 1 ein nachträg- liches Wirksamwerden solcher "Fremdverfügungen" auch in den Fällen des Erwerbs und der Vereinigung erreicht wird, so ist das nichts grundsätzlich Neues, sondern es wird nur eine Lücke ausgefüllt, die ihre Ursache in der bloßen ex-nunc-Wirkung dieser beiden Konvaleszenzgründe hat. Das Gesetz stellt hinsichtlich eigener Verfügungen des Nichtberechtigten die drei Konvaleszenzgründe des § 185 II 1 gleichwertig nebeneinander. Durch die erörterte Analogie geschieht nichts anderes, als daß diese Gleichstellung auch für die genannten Fremdverfügungen ermöglicht wird.

Es ergibt sich, daß gegen die entsprechende Anwendung des § 185 II 1 in dem oben dargelegten Sinne keine rechtlichen Bedenken bestehen. Es kann daher folgender Satz aufgestellt werden:

In den Fällen des Erwerbs und der Vereinigung ist eine ent- sprechende Anwendung des § 185 II 1 auf solche Verfügungen möglich, die der Nichtberechtigte zwar nicht selbst getrof- fen hat, die für ihn aber -wäre er Berechtigter gewesen- we- gen Gutgläubigkeit des Verfügungsempfängers wirksam gewesen wären.

hhh)

Wendet man dieses Ergebnis nun auf den Ausgangsfall (oben Seite 36 und 39) an, so läßt sich dieser in jeder Weise befriedigend lösen ¹⁾:

Die gesetzliche Regel des § 185 II 2 bleibt unberührt. Die Ver- fügung des N an A wird demgemäß wirksam. Da A hierdurch "den Gegenstand erwirbt", liegt damit seinerseits ein Konvaleszenz- grund vor. A wird nun so behandelt, als ob er vor Eintritt dieses Konvaleszenzgrundes selbst weiterverfügt hätte. Die Vorschrift

1) vgl. Skizze Seite 40.

des § 185 II 1 wird analog auf die zweite Verfügung des N angewandt, die A dadurch bewußt mit ermöglichte, daß er mit N ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbarte.

§ 185 II 1 wird also zweimal angewandt; einmal auf N (in Verbindung mit § 185 II 2) und einmal auf A analog. Damit wird B endgültig Berechtigter; A ist auf obligatorische Ausgleichsansprüche beschränkt.

Dieses Resultat entspricht dem Grundgedanken des Konvalenzprinzips und damit dem Willen des Gesetzgebers. Die eingangs aufgezeigte Diskrepanz ist ausgeschaltet.

Gegen diese Lösung könnte im wesentlichen nur ein Einwand erhoben werden: Man könnte darin einen Widerspruch sehen, daß die zweite Verfügung des Nichtberechtigten zunächst nach § 185 II 2 nicht wirksam wird, dann aber im Rahmen der analogen Anwendung des § 185 II 1 doch noch konvalesziert. Dieser Widerspruch besteht indessen nur scheinbar.

Zuerst regelt § 185 II 2 die Frage, welche von den beiden sich widersprechenden Verfügungen des Nichtberechtigten überhaupt wirksam werden soll. Bei dieser Entscheidung werden Vorgänge, die sich bis zum Zeitpunkt der Konvaleszenz zwischen den (ebenfalls nichtberechtigten) Verfügungsempfängern oder zwischen einem von ihnen und dem verfügenden Nichtberechtigten abgespielt haben, nicht berücksichtigt. § 185 II 2 entscheidet erst einmal, wer nun bei Konvaleszenz Berechtigter werden soll. Zu mehr als zu dieser Entscheidung liefert die Tatsache, daß auch eine zweite Verfügung des Nichtberechtigten getroffen wurde (die jetzt nicht konvalesziert) keine Grundlage.

Später, wenn feststeht, wer nach der Konvaleszenz Berechtigter ist, sind die weiteren Vorgänge zu untersuchen. Denn erst jetzt, nachdem ein neuer Berechtigter da ist, kann eine etwaige Konvaleszenz seiner Verfügungen von Bedeutung sein (für den Fall der Vereinigung gilt auch hier wieder Entsprechendes für den unbeschränkt haftenden Erben). In der Analogie wird die zweite Verfügung des Nichtberechtigten praktisch wie eine eigene Verfügung des ersten Verfügungsempfängers behandelt, weil dieser sie durch Schaffung bzw. Duldung des Anvertrauungstatbestandes

ermöglicht hat. Schon deshalb kann kein logischer Widerspruch entstehen. Die Analogie wäre aber auch dann anwendbar, wenn die zweite Verfügung des Nichtberechtigten nicht von ihm selbst, sondern von einem ganz neuen Nichtberechtigten X vorgenommen worden wäre. Daraus erhellt, daß die Nichtberücksichtigung der zweiten Verfügung bei der ursprünglichen Konvaleszenz nach § 185 II 2 und ihr Wirksamwerden im Rahmen der Analogie zwei völlig verschiedene Dinge sind, die auch zeitlich ¹⁾ auseinanderfallen.

Der hier vorgeschlagene Lösungsweg könnte auch bei allen anderen Arten von Anvertrauungstatbeständen zur Anwendung kommen, die normalerweise eine wirksame Verfügung an einen Gutgläubigen ermöglicht hätten.

Er käme ferner auch dann in Betracht, wenn der Nichtberechtigte nach der Verfügung an B noch eine dritte gleichartige Verfügung an den Gutgläubigen C getroffen hätte. Die oben entwickelten Grundsätze wären dann entsprechend auf das Verhältnis B-N-C anzuwenden.

IV. D 4 c

Der erste Verfügungsempfänger gibt seine Zustimmung zu der weiteren Verfügung des Nichtberechtigten.

IV. D 4 c aa

Es kommt zunächst folgender Fall in Betracht: Der Nichtberechtigte N verfügt über eine dem E abhanden gekommene Sache an A, sodann erteilt A dem N seine Einwilligung dazu, über den selben Gegenstand nunmehr an B zu verfügen, was dieser auch tut. Beide Verfügungen sind unwirksam ²⁾; anschließend tritt Konvaleszenz durch Erwerb oder Vereinigung ein.

1) Zeitlich im juristisch-konstruktiven Sinne, weil die Konvaleszenz der ersten Verfügung und damit die "juristische Sekunde" der Berechtigung des ersten Verfügungsempfängers dazwischen liegt. Praktisch besteht natürlich kein Zeitintervall.

2) Dass sie miteinander nicht in Einklang stehen, wird, wie bei allen Fällen unter IV. D, vorausgesetzt.

Der Fall ist durchaus nicht so lebensfremd, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag. Zwar hat der erste Verfügungsempfänger A seine Einwilligung in einem Zeitpunkt erteilt, in dem er selbst Nichtberechtigter war. Das ist aber leicht möglich, denn A braucht die Unwirksamkeit der Verfügung N-A ja nicht gekannt zu haben und kann sich deshalb für den Berechtigten halten, von dessen Einwilligung fernere Verfügungen über den betreffenden Gegenstand abhängen.

Die hier auftauchende Frage lautet: Kann die von einem Nichtberechtigten (hier von A) erklärte Einwilligung zu einer Verfügung Rechtswirkungen haben, wenn der Erklärende später Berechtigter wird? Mit anderen Worten: Kann die Einwilligung, die ein Nichtberechtigter zu einer Verfügung erklärt hat, konvalszieren?

Die Antwort hängt davon ab, ob man in einer solchen Einwilligung selbst eine Verfügung sehen kann, denn nur Verfügungen im Sinne des § 185 sind konvalszenzfähig.

Nach Ansicht des Verfassers ist die Frage zu verneinen. Der juristische Inhalt des Begriffs Einwilligung ist die "vor Abschluß des Rechtsgeschäfts erteilte Zustimmung". Daß das Wort im allgemeinen Sprachgebrauch in weiteren Grenzen verwendet wird, muß hier außer Betracht bleiben. Eine Einwilligung wird also stets in einem Zeitpunkt erklärt, in dem das Rechtsgeschäft, auf das sie sich bezieht, noch nicht getätigt ist. Sie ist mit dem Rechtsgeschäft auch nicht durch irgend eine Automatik verbunden: Zwischen der Einwilligung und dem Abschluß des Rechtsgeschäfts steht der Wille des Abschließenden. Die Einwilligung ist nicht direkt causal für die Realisierung des Geschäfts, sondern sie gibt nur den Weg dafür frei.

Ein solcher unmittelbarer Kausalzusammenhang wäre aber Voraussetzung, wollte man der Einwilligung die Eigenschaft einer Verfügung zuerkennen. Eine Verfügung ist eine unmittelbare Einwirkung auf ein Recht. Willigt aber jemand in eine Verfügung über ein Recht ein, so wird das Recht hiervon überhaupt noch

nicht berührt. Zu einer Einwirkung auf das Recht kommt es immer erst dann, wenn derjenige, dem die Einwilligung erklärt wurde, nunmehr auch von ihr Gebrauch macht und die Verfügung tatsächlich trifft. Dazu ist er aber durch die Einwilligung allein weder gezwungen noch auch nur gehalten. Er kann sich auch anders entscheiden und die Verfügung, für die er nur die Einwilligung besitzt, eben nicht treffen. Wenn aber ein solcher Spielraum besteht, dann kann man schlechterdings nicht von einer Einwilligung als einer unmittelbaren Einwirkung auf ein Recht sprechen.

Zwar werden Einwilligung und Vollmacht zur Verfügung eines Nichtberechtigten vereinzelt als Verfügungen angesehen, weil der Erteilende damit unmittelbar eine Verfügungsmöglichkeit begründe ¹⁾. Diese Ansicht ist aber eben mit der Definition der Verfügung, wie sie sich aus dem Gesetz ergibt (vgl. oben S. 2), nicht in Einklang zu bringen. Die Einräumung einer bloßen Möglichkeit zur wirksamen Verfügung steht mit dem Zustandekommen des eigentlichen Verfügungsaktes nicht in notwendigem Zusammenhang ²⁾. Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn die Verfügung sofort nach der Einwilligung vorgenommen wird. Die Unmittelbarkeit der Einwirkung auf das Recht fehlt auch hier. Sie besteht höchstens scheinbar, nämlich dann, wenn man die Unmittelbarkeit in der Zeitfolge Einwilligung-Verfügung mit der Unmittelbarkeit des Einflusses der Einwilligung auf das Recht verwechselt.

Das Ergebnis ist deshalb m. E. klar: Eine Einwilligung ist keine Verfügung, denn sie wirkt niemals unmittelbar auf ein Recht ein, sondern sie räumt nur die Möglichkeit ein, daß ein anderer eine solche Einwirkung rechtswirksam vornimmt ³⁾.

1) RG 137/356 ohne tiefere Begründung; ferner Enn.-Nipp. § 143 I 2 Anm. 11 mit entsprechenden Nachweisen, sowie § 204 Anm. 25.

2) vgl. Erman-Westermann, Einf. vor § 104 Anm. 6, letzter Absatz.

3) In diesem Sinne auch von Tuhr II 1 S. 246.

Die Einwilligung eines Nichtberechtigten ist deshalb der Konvalleszenz nicht fähig; sie ist endgültig unwirksam.

Für den hier behandelten Fall gilt daher folgendes: Beim Eintritt eines der genannten Konvalleszenzgründe kommt allein § 185 II 2 zur Anwendung; die Verfügung an A wird wirksam.

Man könnte allerdings daran denken, die im vorigen Abschnitt vertretene analoge Anwendung des § 185 II 1 soweit auszudehnen, daß die Fälle von Verfügungen, die auf Grund von Einwilligungen Nichtberechtigter getroffen wurden, mit erfaßt werden. Die Analogie würde sich dann nicht nur auf Verfügungen erstrecken dürfen, die dem Nichtberechtigten normalerweise wegen guten Glaubens des Verfügungsempfängers gebunden hätten, sondern sie müßte ganz allgemein für alle Verfügungen gelten, die für den Nichtberechtigten -wäre er Berechtigter gewesen- Wirksamkeit gehabt hätten.

Zu einer solchen Verallgemeinerung besteht indessen kein vernünftiger Anlaß. Zwei Fallmöglichkeiten sind zu unterscheiden: 1.)

Der zweite Verfügungsempfänger B ist gutgläubig. Dann läßt sich eine billige Lösung bereits durch Anwendung der Analogie in ihrer nicht erweiterten Form erzielen.

2.)

Der zweite Verfügungsempfänger ist bösgläubig oder die Gutgläubensvorschriften waren auf die Verfügung an ihn überhaupt nicht anwendbar, etwa weil es an der Übergabe fehlte. Dann ist nicht ersichtlich, weshalb das Interesse des zweiten Verfügungsempfängers eine nachträgliche Konvalleszenz dieser Verfügung erfordern sollte.

Bei der -einfachen- Analogie war der Leitgedanke, daß im Interessenstreit zwischen dem ersten und dem gutgläubigen zweiten Verfügungsempfänger das Interesse des letzteren überwiegt. Maßgebend waren dabei die Erwägungen, die den Gesetzgeber zur Schaffung des § 932 veranlaßt haben. Hier ist aber ein solches Interessenübergewicht des zweiten Verfügungsempfängers gegenüber dem ersten nicht gegeben. Wenn der zweite Verfügungsempfänger bösgläubig ist oder wenn aus sonstigen Gründen Gutgläubensschutz

ausscheidet, dann kann er das Recht, das den Verfügungsgegenstand bildet, zunächst überhaupt nicht erwerben. Dann ist es aber durch nichts gerechtfertigt, bei späterer Konvaleszenz und Rechtserwerb des ersten Verfügungsempfängers diesen zu Gunsten des zweiten an einer Einwilligung festzuhalten, die selbst unwirksam war und sich auf den nicht realisierbaren Rechtserwerb des zweiten Verfügungsempfängers bezog.

Hat der Nichtberechtigte die Verfügung an B nicht -wie bisher angenommen- vor, sondern nach Konvaleszenz getroffen, so gilt notwendig folgendes: Da die Einwilligung des A -vor Konvaleszenz erteilt- rechtlich bedeutungslos ist, kann sie auch nach Eintritt der Konvaleszenz keine Wirkung äußern. Die Verfügung an B ist deshalb gegenüber A, der ja jetzt Berechtigter ist, ohne Einwilligung vorgenommen. Ihre Wirksamkeit hängt vom etwaigen guten Glauben des B ab. A kann aber auch nach Eintritt der Konvaleszenz eine neue Einwilligung erteilen, die dann, da vom Berechtigten gegeben, voll wirksam ist. In diesem Sinne muß es auch ausreichen, wenn sich A in Unkenntnis der rechtlichen Bedeutungslosigkeit seiner vor Konvaleszenz gegebenen Einwilligung auf diese bezieht und seinen Willen kundgibt, sie aufrecht zu erhalten. Hierin muß praktisch die Erteilung einer neuen -wirksamen- Einwilligung gesehen werden.

IV. D 4 c bb

Zu einem anderen Ergebnis wird man kommen müssen, wenn die Zustimmung des ersten Verfügungsempfängers nicht in einer Einwilligung, sondern in einer Genehmigung besteht. Hier wird folgender Fall zugrunde gelegt:

Der Nichtberechtigte N verfügt an A und später über den selben Gegenstand noch einmal an B. Beide Verfügungen sind unwirksam ¹⁾. Sodann erteilt A, der sich nach der Verfügung an ihn selbst für den Berechtigten halten mag, nachträglich seine Genehmigung zu der Verfügung des N an B. Danach tritt Konvaleszenz durch Erwerb oder Vereinigung ein.

1) siehe Fußnote 2) Seite 51.

Die entscheidende Frage ist hier, ob die unwirksame Genehmigung des A, dann, wenn A auf Grund der Regel des § 185 II 2 Berechtigter geworden ist, ihrerseits konvaleszieren und damit der Verfügung des N an B doch noch zur Wirksamkeit verhelfen kann. aaa)

Die Genehmigung ist eine Verfügung, und zwar eine einseitige. Die Anwendbarkeit des § 185 II auf einseitige Verfügungen wird in der Literatur überwiegend abgelehnt ¹⁾. Hierbei ist in der Hauptsache die Erwägung maßgebend, daß der Empfänger einer einseitigen Verfügung, also derjenige, dem gegenüber die einseitige Verfügung getroffen wurde, sich darauf verlassen können müsse, ob die Verfügung wirksam sei oder nicht. Da der Verfügungsempfänger, so argumentiert man, sich die einseitige Verfügung einfach "gefallen lassen" müsse, weil er ja auf ihr Zustandekommen oder ihre Wirksamkeit keinerlei Einfluß nehmen könne, werde er in seinen Rechten verletzt, wenn die Verfügung evtl. der schwebenden Unwirksamkeit unterliege und konvaleszierbar sei. Denn dadurch werde für ihn, den Gegner der einseitigen Verfügung, eine nicht zumutbare Unsicherheit geschaffen.

Diese Argumentation ist überall dort zutreffend, wo es sich um die typischen Fälle einseitiger Verfügungen handelt, also um Kündigung, Aufrechnung, Anfechtung usw., ferner auch in den Fällen der Genehmigung, wenn sich diese Genehmigung ihrerseits auf eine einseitige Verfügung bezieht (z. B. Genehmigung einer durch eine nichtberechtigte, nichtlegitimierte Person erklärten Kündigung). Denn in allen diesen Fällen befindet sich der Verfügungsgegner in dem oben erwähnten Zustand der "Passivität"; er ist am Zustandekommen der Verfügung nicht beteiligt.

bbb)

Anders ist es jedoch im vorliegenden Fall. Hier ist ja bereits eine zweiseitige Verfügung getroffen, nämlich die des N an B. Die Genehmigung des A kann hier nur noch die Funktion haben, diese zweiseitige Verfügung wirksam werden zu lassen. Bei zweiseitigen

1) vgl. Sohm, Gegenstand S. 14 Anm. 18, Clarus in Seuff. Bl. 64/182 ff., Oertmann § 185 Anm. 6, Planck-Flad § 185 Anm. 5, Staudinger-Coing § 185 Nr. 6.

Verfügungen aber, bei denen der Gegner eben aktiv (etwa durch Einigungserklärung) an ihrem Zustandekommen mitwirkt, billigt das Gesetz jene Ungewissheit, die darin besteht, daß über die Möglichkeit einer evtl. Konvaleszenz nichts bekannt ist.

Im vorliegenden Fall hätte die Verfügung des N an B dadurch konvaleszieren können, daß der ursprünglich Berechtigte E sie direkt genehmigte. Es macht aber doch nun keinen Unterschied, ob diese Konvaleszenz durch die Genehmigung des ursprünglich Berechtigten herbeigeführt wird oder durch die Genehmigung des ersten Verfügungsempfängers A, wenn A Berechtigter geworden und seine Genehmigung nunmehr wirksam geworden ist. In beiden Fällen wird durch die wirksame Genehmigung das bisherige Stadium schwebender Unwirksamkeit einer zweiseitigen Verfügung beendet. Die subjektive Situation des Empfängers der zweiseitigen Verfügung (hier des B) ist die gleiche.

Man könnte hier einwenden, es bestehe doch ein wesentlicher Unterschied: während nämlich die Genehmigung des ursprünglich Berechtigten sofort mit ihrer Erklärung wirksam sei, werde die Genehmigungserklärung des A zunächst unwirksam abgegeben; allein durch die etwaige spätere Konvaleszenz erhalte sie dann nachträglich ihre Wirksamkeit. Während also durch die Genehmigung des ursprünglich Berechtigten die Rechtslage endgültig fixiert werde, gelte das von der Genehmigungserklärung des A nicht, da diese ja im Zeitpunkt ihrer Abgabe noch keine Rechtswirkung haben könne. Hierin liege ein zusätzlicher Unsicherheitsfaktor für den Empfänger der zweiseitigen Verfügung (hier: für B).

Aber auch dieser Einwand hält einer genaueren Überlegung nicht stand. Das Gesetz nimmt für den Gegner einer zweiseitigen Verfügung ganz allgemein die Ungewißheit in Kauf, ob die Verfügung evtl. unwirksam ist und ob sie -wenn unwirksam- irgend wann noch konvalesziert. Wenn dem aber so ist, dann kann es für den Verfügungsempfänger grundsätzlich nicht darauf ankommen, wann und aus welchem Grund eine solche Konvaleszenz eintritt. Es findet sich kein Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber die aus

der Ungewißheit einer Konvaleszenz resultierende Unsicherheit für den Gegner einer zweiseitigen Verfügung in irgend einer Weise begrenzt wissen wollte.

Man kann allgemein formulieren:

Einer Anwendung der Konvaleszenzvorschriften des § 185 II auf Genehmigungen stehen dann keine wesentlichen Bedenken entgegen, wenn sich die Genehmigungen ihrerseits auf früher getroffene zweiseitige Verfügungen beziehen.

Hierbei ist allerdings noch eine Besonderheit zu beachten: Eine solche konvaleszierende Genehmigung kann logischerweise nur bis zu dem Zeitpunkt zurückwirken, in dem sie selbst wirksam wurde. Nur die Genehmigung des Berechtigten wirkt ohne Einschränkung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Wird der Genehmigende erst nach der Genehmigung Berechtigter, so kann nur dieser Zeitpunkt für das Wirksamwerden der genehmigten Verfügung maßgebend sein. Hat also der erste Verfügungsempfänger A vor Konvaleszenz die weitere Verfügung des Nichtberechtigten N an B genehmigt, und wird E auf Grund des § 185 II 2 ("die frühere"!) Berechtigter, so kann die von ihm genehmigte Verfügung des N an B erst mit diesem Moment als wirksam geworden gelten.

Anders ist es nur dann, wenn der erste Verfügungsempfänger A selbst rückwirkend Berechtigter wird, etwa weil der ursprünglich Berechtigte (E) die Verfügung des N an A selbst genehmigt. Dann hat auch die von A erteilte Genehmigung zur Verfügung des N an B -obwohl vor Konvaleszenz erklärt- die normale Rückwirkung.

Geht man von den vorstehend gewonnenen Ergebnissen aus, so bedeutet das im Ausgangsfall Seite 55, daß letztlich die Verfügung des N an B wirksam wird. Die Konvaleszenzregeln kommen drei mal zur Anwendung: Zunächst auf die Verfügung des N an A nach § 185 II 2, sodann auf die Genehmigung des A und schließlich auf die Verfügung des N an B, auf die sich diese Genehmigung bezieht. Bei dieser mehrfachen Anwendung des § 185 II bedarf es nicht wie oben unter IV. D 4 b einer Analogie, da die Lücke zwischen dem

ersten Verfügungsempfänger A und dem abermals verfügenden Nichtberechtigten N hier durch eine -allerdings einseitige- Verfügung ausgefüllt wird, auf die § 185 II direkt angewandt werden kann.

Dem allgemeinen Sinn des Konvaleszenzprinzips ist damit vollkommen entsprochen, denn wenn der Nichtberechtigte N von Anfang an Berechtigter gewesen wäre, dann wäre die Genehmigung des A zu der Verfügung N-B rechtswirksam gewesen.

IV. D 4 d

Der erste Verfügungsempfänger verfügt in gleicher Weise an den Nichtberechtigten zurück.

Hier sind verschiedene Fälle denkbar und auch hier führt die einfache gesetzliche Regelung teilweise zu unbefriedigenden Ergebnissen.

IV. D 4 d aa

Am einfachsten ist es, wenn es sich bei der Rückverfügung des ersten Verfügungsempfängers um dessen einzige Verfügung über den betreffenden Gegenstand handelt. Beispiel: N verfügt an A, später A an N zurück und sodann N an B. Die Verfügungen an A und an B stehen nicht miteinander in Einklang. Danach tritt Konvaleszenz durch Erwerb oder Vereinigung ein.

Es liegt hier nahe, die Verfügung des N an A und die Rückverfügung des A an N als sich gegenseitig aufhebend, den ganzen Doppelvorgang also als Nullum aufzufassen -zumal ja beide Akte im Stadium der Unwirksamkeit geschehen sind- und allein auf die Verfügung des N an B § 185 II 1 einfach anzuwenden.

Man kann aber auch alle getroffenen Verfügungen bei der Konvaleszenz berücksichtigen. Dann ist auf das Verhältnis der beiden Verfügungen des N (an A und an B) zueinander § 185 II 2 anzuwenden; A wird als der "frühere" Verfügungsempfänger Berechtigter. Da er damit den "Gegenstand erwirbt", konvalesziert nun seine Rückverfügung an N; hierdurch wird in gleicher Weise nunmehr N Berechtigter, so daß die Verfügung an B wirksam wird. B ist endgültig Berechtigter.

Folgt man diesem Gedankengang, so ist klar, daß die Verfügung des N an B nicht durch den Eintritt der Berechtigung konvalesziert, die N vom Altberechtigten erhält, sondern durch die Berechtigung, die N nachträglich von A ableitet (für den Fall der Vereinigung gilt Entsprechendes für den Altberechtigten selbst).

Diese letztere Betrachtungsweise ist die exaktere; sie ist unumgänglich notwendig, wenn der erste Verfügungsempfänger neben der Rückverfügung an den Nichtberechtigten seinerseits noch eine weitere Verfügung über den selben Gegenstand getroffen haben sollte. Dann kann nämlich logisch erst dann, wenn der erste Verfügungsempfänger als durch Konvaleszenz berechtigt geworden angesehen wird, weiter geprüft werden, welches Schicksal nun seine mehreren Verfügungen haben, darunter auch die Rückverfügung an den Nichtberechtigten. Andernfalls würde die Tatsache, daß der erste Verfügungsempfänger seinerseits mehrfach verfügt hat, unbeachtet bleiben, obwohl alle seine Verfügungen doch ebenfalls in den Geltungsbereich des § 185 II 1 oder § 185 II 2 fallen. Wenn es sich nicht um gleichartige Verfügungen handelt (z. B. der Nichtberechtigte hat auf den ersten Verfügungsempfänger Eigentum übertragen, dieser später den Gegenstand an den Nichtberechtigten verpfändet -beides, da vor Konvaleszenz, unwirksam-), so ist diese Gefahr kaum gegeben, da die verschiedenen rechtlichen Inhalte der Verfügungen dann ohnehin zur scharfen Trennung aller Verfügungsvorgänge zwingen. Diese Fälle bleiben deshalb hier außer Betracht.

IV. D 4 d bb

Wenn der erste Verfügungsempfänger neben seiner Rückverfügung an den Nichtberechtigten noch anderweit über den selben Gegenstand verfügt hat, wenn er also selbst zum mehrfach verfügenden Nichtberechtigten geworden ist, so kann dies auf zweierlei Weise geschehen sein:

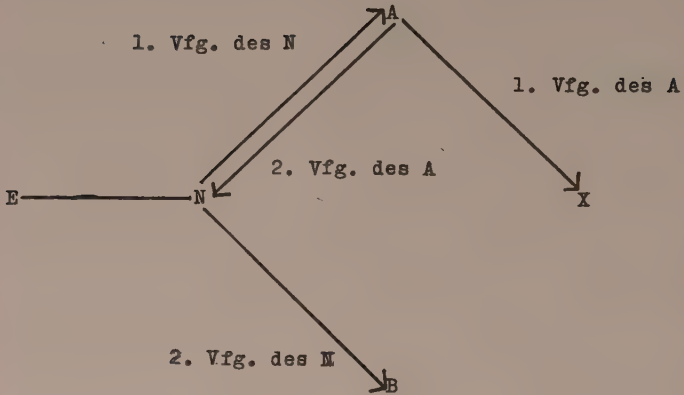
aaa)

Seine mehreren Verfügungen standen untereinander in Einklang. Praktisch ist hier nur etwa folgender Beispielfall wesentlich:

N übereignet eine dem Eigentümer E abhanden gekommene Sache (unwirksam) dem A. A verpfändet sie dem X und übereignet sie, nachdem er sie wieder in unmittelbaren Besitz bekommen hat, später dem N zurück. Sodann verfügt N über das Eigentumsrecht an der Sache zum zweiten Mal, und zwar nunmehr an den B. Danach tritt Konvaleszenz durch Erwerb oder Vereinigung ein. (Skizze Seite 62) Primär ist hier wieder von den beiden miteinander nicht in Einklang stehenden Verfügungen des Nichtberechtigten an A und an B auszugehen.

Gemäß § 185 II 2 wird nur die erste Verfügung des N wirksam, mithin wird A Berechtigter. Damit konvaleszieren dessen beide Verfügungen, da sie sich nicht widersprechen. X wird Pfandgläubiger, N Eigentümer der Sache. Durch den Eigentumserwerb des N konvalesziert sodann dessen Verfügung an B, B erhält das endgültige Eigentum an der Sache. Ob B hierbei belastetes oder unbelastetes Eigentum erwirbt, ob also X sein Pfandrecht behält oder nicht, diese Frage hängt sowohl von der Gutgläubigkeit des B hinsichtlich des Pfandrechts ab, als auch von der Art und Weise, in der A vor der Rückverfügung an N wieder in den unmittelbaren Besitz der Sache gekommen ist. Drei Möglichkeiten sind denkbar: Ist B hinsichtlich des Pfandrechts gutgläubig, so erwirbt er lastenfrei, wenn A den unmittelbaren Besitz wiedererlangt hat, ohne daß darin für X ein Abhandenkommen lag (z. B. X hatte die Sache einem anderen zur Verwahrung gegeben und dieser sie dem A ausgehändigt. Der Fall der direkten Aushändigung durch X an A scheidet aus, weil dadurch das Pfandrecht ohnehin erlöschen würde). Ist die Sache dem X dagegen abhandengekommen (A hat sie weggenommen), so kann dem B seine Gutgläubigkeit nichts nützen; das Pfandrecht bleibt bestehen (§ 936 I, bzw. § 935 I in entsprechender Anwendung). Ist B bösgläubig, so kann er das Eigentum nur belastet erwerben. In jedem Fall ergibt sich eine interessengemäße Lösung aus dem Gesetz selbst. Irgend welche Unbilligkeiten, die -im Hinblick auf die Gutgläubigkeit eines der beteiligten Verfügungsgegners- aus der Kollisionsentscheidung des § 185 II 2 herrühren könnten, bestehen nicht.

S k i z z e z u S e i t e 60/61:



bbb)

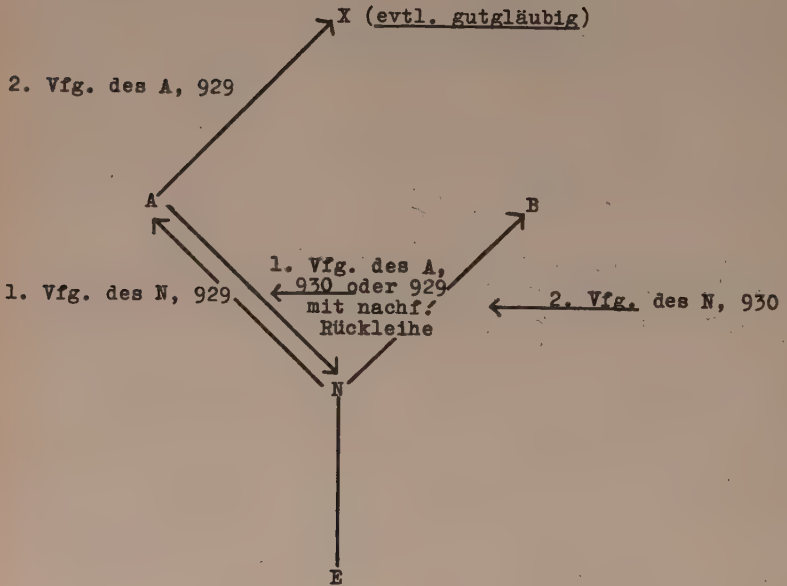
Die mehreren Verfügungen des ersten Verfügungsempfängers stehen miteinander nicht in Einklang.

Hierher gehören die Fälle, in denen der erste Verfügungsempfänger, nachdem ihm durch den Nichtberechtigten das Eigentum an einer Sache übertragen wurde (vor Konvaleszenz und daher, wie auch die folgenden Verfügungen, unwirksam), seinerseits mehrere Übereignungen vornimmt, darunter die Rückübereignung an den Nichtberechtigten.

Zwei Unterfälle sind dann zu unterscheiden: Die Rückübereignung an den Nichtberechtigten kann unter den Verfügungen des ersten Verfügungsempfängers die frühere sein. Beispiel: N übereignet die dem E abhanden gekommene Sache dem A. A übereignet an N zurück, und zwar entweder nach § 930 oder nach § 929, verbunden mit nachfolgender Rückleihe. Jedenfalls wird ein Anvertrauungstatbestand zwischen A und N vereinbart, kraft dessen A in unmittelbarem Sachbesitz bleibt. N verfügt nun nach § 930 an B, A später nach § 929 an X. Anschließend tritt Konvaleszenz durch Erwerb oder Vereinigung ein. (Skizze Seite 64). Wenn hier auch sämtliche einzelnen Verfügungen gesondert berücksichtigt werden, so kommt man doch zu einem unbilligen Resultat, wenn der zweite Verfügungsempfänger des A, nämlich X gutgläubig ist. Dieses Resultat würde folgendermaßen gewonnen: N hat zwei miteinander nicht in Einklang stehende Verfügungen getroffen, und zwar an A und an B. Nach § 185 II 2 wird von diesen die frühere wirksam; mithin wird A Berechtigter. Von den beiden Verfügungen des A wird nunmehr nach der selben Vorschrift ebenfalls nur die frühere wirksam, also die Rückübereignung an N. Da N hiermit zum Berechtigten wird, konvalesziert schließlich seine (ehemals zweite) Verfügung an B. B ist endgültig Berechtigter. Die Verfügung an B konvalesziert auch hier nicht durch den Eintritt der Berechtigung, die N von E erhält, sondern durch die Berechtigung, die N nachträglich von A ableitet.

Wäre N Berechtigter gewesen, so hätte er wirksam an A verfügt. A seinerseits hätte trotz der Rückverfügung an N wegen des vereinbarten Anvertrauungstatbestandes wirksam nach § 932 an X

S k i z z e z u S e i t e 63



verfügen können. X wäre Eigentümer geworden, ungeachtet der inzwischen erfolgten Verfügung des N an B. Hier weicht also das aus der Anwendung des § 185 II 2 folgende Ergebnis deutlich von dem Sinn dieser Vorschrift ab, die Dinge auf den Normalfall, d. h. auf den Fall der Berechtigung des Nichtberechtigten, zurückzuführen. Zwischen den Beteiligten N, A und X besteht ein Verhältnis, auf das die in Abschnitt IV. D 4 b bb vorgeschlagene Analogie zu § 185 II 1 angewandt werden könnte, denn die Interessenlage der Beteiligten untereinander entspricht dem dort behandelten Fall. Der Unterschied besteht lediglich darin, daß der erste Verfügungsempfänger hier seinerseits als mehrfach Verfügender auftritt, weshalb die Analogie hier auf N als denjenigen anzuwenden wäre, der durch die Vereinbarung des Anvertrauungstatbestandes die zweite Verfügung des ihm gegenüber Nichtberechtigten -hier des A- ermöglicht hat. N entspricht hier dem 1. Verfügungsempfänger A im Beispielfall S. 35, denn er ist tatsächlich Empfänger der ersten von mehreren Verfügungen des A. X entspricht dem 2. Verfügungsempfänger B im obigen Beispielfall, während A hier die Rolle des doppelt verfügenden Nichtberechtigten spielt. Mit dieser Maßgabe kann, um Wiederholungen zu vermeiden, für alles weitere auf Seite 35 ff verwiesen werden.

Wenn im vorliegenden Fall die Verfügung des N an B an zeitlich letzter Stelle erfolgt, also nachdem die Verfügung des A an X schon getroffen ist, so kommt sie für eine Konvaleszenz ohnehin nicht in Betracht. Denn durch die Verfügung an X gibt A klar zu erkennen, daß er nicht mehr auf Grund des Anvertrauungstatbestandes für N besitzen will; damit verliert N den für eine Wirksamkeit der Verfügung an B notwendigen mittelbaren Besitz ¹⁾; es bleibt dann bei der Konvaleszenz der Rückverfügung des A an N. Hinsichtlich des Verhältnisses N-A-X gilt das oben Gesagte in gleicher Weise.

Die Rückverfügung an den Nichtberechtigten kann schließlich unter den Verfügungen des ersten Verfügungsempfängers die

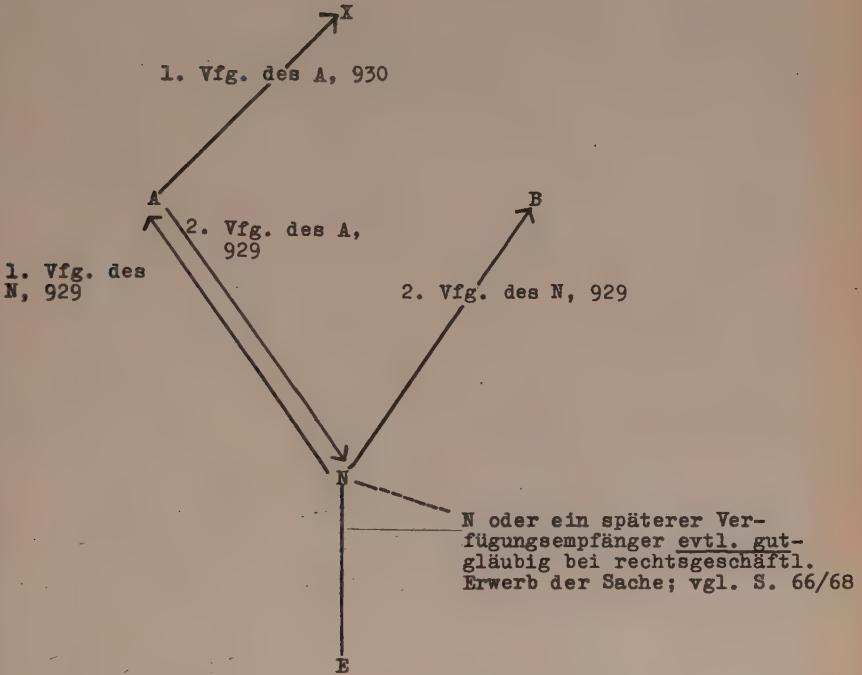
1) Statt vieler Wolff-Raiser § 15 II 2.

spätere sein. Beispiel: N übereignet die dem E abhanden gekommene Sache dem A. A übereignet sie unter Vereinbarung eines Besitzkonstituts an X, sodann nach § 929 an N zurück. N übereignet sie an B. Sämtliche Verfügungen sind schwebend unwirksam. Danach tritt Konvaleszenz durch Erwerb oder Vereinigung ein (Skizze S. 67). Auch hier hat A zweimal ohne Einklang verfügt. Die Normallösung sieht wie folgt aus: Die Verfügung des N an A wird nach § 185 II 2 wirksam; A wird Berechtigter, damit konvalesziert seine Verfügung an X ebenfalls nach § 185 II 2, weil sie die frühere ist. Die Rückverfügung des A an N wird demzufolge nicht wirksam, deshalb auch nicht nachträglich die des N an B. Diese Lösung ist wieder unbefriedigend, wenn die Sache letzten Endes in die Hände eines gutgläubigen Verfügungsempfängers gelangt ist.

Wäre nämlich N von vornherein Berechtigter gewesen, so wäre über A auch X Berechtigter geworden. Die -auf Grund des Anvertrauungstatbestandes leicht mögliche- zweite Verfügung des A hätte dem X sein Eigentum dann wieder entzogen, wenn z. B. bereits N als Empfänger dieser zweiten Verfügung gutgläubig gewesen wäre. N wäre dann Eigentümer über § 932 geworden und seine Weiterverfügung an B wäre wirksam gewesen. Auch dies ist ein Fall, bei dem die Übereinstimmung mit dem Grundgedanken des § 185 II durch die analoge Anwendung des § 185 I 1 (siehe oben Seite 42 ff) hergestellt werden könnte. Hier wäre die Analogie auf das Verhältnis X-A-N anzuwenden. Die Anwendung kommt aber nicht nur dann in Frage, wenn N gutgläubig ist, sondern auch bei Gutgläubigkeit irgend eines späteren Gliedes in der möglicherweise von A über N hinaus fortgesetzten Verfügungskette. Entscheidend ist, daß X die Verfügung eines Nichtberechtigten an einen Gutgläubigen ermöglicht hat, die für ihn im Falle seiner Berechtigung wirksam gewesen wäre.

Diese Fälle, in denen der erste Verfügungsempfänger selbst noch mehrfach verfügt, dürften sicherlich nicht häufig vorkommen. Es ist aber notwendig, ihre Bedeutung einmal klarzustellen, da ein Übergehen der zusätzlichen Verfügungen des ersten Verfügungsempfängers leicht zu Unbilligkeiten in der Kollisionsentscheidung führen kann.

S k i z z e z u S e i t e 66



V.

Mehrere "Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung" bzw. solche im Zusammentreffen mit rechtsgeschäftlichen Verfügungen.

Das BGB beschränkt den Verfügungsbegriff nicht auf den Bereich rechtsgeschäftlichen Handelns. Es begreift darunter vielmehr auch die Fälle, in denen die betreffende Einwirkung auf das Hauptrecht nicht durch den Rechtsinhaber selbst, sondern durch seinen Gläubiger auf Grund eines Titels zwangsweise erfolgt. Die auf diese Weise bewirkte Übertragung, Veränderung oder Belastung des Hauptrechts ist einer vom Rechtsinhaber vertraglich vorgenommenen Übertragung, Veränderung oder Belastung im Ergebnis gleichwertig. Das Gesetz spricht deshalb hier von Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung ¹⁾.

Ist der Schuldner nicht Inhaber des Rechts, auf welches sich die betreffende Zwangsvollstreckungsmaßnahme bezieht, so kann man demgemäß von der Verfügung gegen einen Nichtberechtigten im Wege der Zwangsvollstreckung sprechen. Dieser Ausdruck ²⁾ ist sicher nicht sehr glücklich, er ergibt sich aber von selbst, weil das Gesetz denjenigen, über dessen Recht eine "Zwangsverfügung" vorgenommen wird, dem selbständig Verfügenden hinsichtlich der Verfügungswirkungen im allgemeinen gleichstellt. Der Einfachheit halber wird diese Bezeichnung daher im Folgenden beibehalten.

Liegen nun mehrere solche Verfügungen gegen den Nichtberechtigten im Wege der Zwangsvollstreckung vor oder besteht eine solche neben einer normalen rechtsgeschäftlichen Verfügung des Nichtberechtigten -immer bezüglich des selben Gegenstandes-, so erhebt sich auch hier die Frage nach dem Ob und Wie späterer Konvaleszenz bzw. nach dem Rangverhältnis der Verfügungen.

1) So in §§ 135, 161 I, 184 II, 353 II, 499.

2) Er wird auch vom BGH in dieser Form gebraucht; siehe BGHZ 20/93.

V. A

Zur Erörterung dieser Fragen ist es entscheidend, ob die Konvaleszenzregeln des § 185 II auch auf im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Verfügungen anwendbar sind.

Eine direkte Anwendung wird von Literatur und Praxis einhellig abgelehnt ¹⁾. Maßgebend ist dabei die Erwägung, daß das Gesetz, wenn es eine Gleichstellung rechtsgeschäftlicher Verfügungen mit solchen im Wege der Zwangsvollstreckung will, dies jeweils besonders betont ²⁾. Ein solcher Hinweis fehlt in § 185.

V. A 1

Die analoge Anwendung hingegen wird überwiegend bejaht. Dies gilt zumindest fast uneingeschränkt für den Konvaleszenzgrund des Erwerbs ³⁾. Dabei scheint es zweifelhaft, ob gerade hier, sofern es sich nur um eine Verfügung handelt, die analoge Anwendung des § 185 II unbedingt erforderlich ist.

Diesem Zweifel liegt folgende Überlegung zugrunde: Nach dem Wortlaut des § 804 ZPO erwirbt zwar der Gläubiger ein Pfandrecht am gepfändeten Gegenstand "durch die Pfändung". Nach durchaus herrschender Meinung ⁴⁾ ist es aber zur Entstehung des Pfändungspfandrechts außerdem notwendig, daß der gepfändete Gegenstand zum Vermögen des Schuldners gehört. Ist dies nicht der Fall, so besteht lediglich eine -allerdings wirksame- Pfandverstrickung ⁵⁾. Erwirbt der nichtberechtigte Schuldner später das Eigentum an dem gepfändeten Gegenstand, so tritt damit auch die zweite Voraussetzung für die Entstehung des Pfandrechts ein. Sobald aber beide Voraussetzungen zusammen

1) Statt vieler Staudinger-Coing § 185 Anm. 5, wenn hier auch ausdrücklich nur auf den Fall der Genehmigung Bezug genommen wird.

2) Siehe die auf Seite 68 unter Note 1) zitierten §§.

3) Vgl. Enn.-Nipp. § 204 V 3; Lehmann § 37 V 3, Erman-Böhle-Stammschräder § 185 Anm. 14, Rosenberg 7. Aufl. § 190 II 2 b, Stein-Jonas § 804 §§ 4, Soergel-Siebert-Schultze v. Lasaux § 185 Anm. 2 mit weiteren Nachw., dagegen: RG JW 1934/221.

4) Grundlegend RGZ 60/70 ff.

5) a.M. bekanntlich Baumbach-Lauterbach Vorbem. zu § 803 sowie Stein-Jonas, Anm. II 1 zu § 803, die die Konstruktion eines von der Pfändung getrennt zu betrachtenden Pfändungspfandrechts für überflüssig halten.

vorliegen, kann das Pfandrecht entstehen. Aus dem Wortlaut des § 804 Abs. 1 ZPO läßt sich nicht entnehmen, daß der Gesetzgeber diese Entstehung ausschließlich an den Zeitpunkt der Vornahme des Pfändungsaktes gebunden wissen wollte. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß im § 804 Abs. 1 lediglich das kausale Verhältnis von Pfändungsakt und Pfändungspfandrecht bestimmt wird ¹⁾. Wenn dem aber so ist, dann folgt die Entstehung des Pfandrechts beim späteren Eigentumserwerb des Schuldners nicht aus einer analogen Anwendung des § 185 II, sondern eben einfach daraus, daß jetzt alle Erfordernisse zu dieser Entstehung vorliegen.

Dennoch ist die Analogie im Falle späteren Erwerbs praktisch unentbehrlich; ein entscheidendes Argument für sie ergibt sich dann, wenn mehrere Verfügungen des Nichtberechtigten (sämtlich oder zum Teil im Wege der Zwangsvollstreckung) vorliegen. Dann läßt sich nämlich, sofern die Verfügung sich ganz oder zum Teil widersprechen (Beispiel: Der Nichtberechtigte hat unwirksam eine Sache übereignet oder eine Forderung abgetreten; später, aber noch vor Konvaleszenz, wird die Sache oder die Forderung von einem seiner Gläubiger gepfändet. Ferner siehe S. 76), eine gerechte Lösung meist nur durch Anwendung der Regel des § 185 II 2 erzielen; hier erfordern Billigkeitserwägungen die Analogie zwingend.

V. A 2

Über die Beantwortung der Frage, ob § 185 II auch dann analog angewendet werden soll, wenn der Berechtigte die beim Nichtberechtigten vorgenommene Vollstreckungsmaßnahme genehmigt, herrscht in der Literatur weitgehend Unklarheit. So zitiert Rosenberg ²⁾ die Entscheidung OLG 22/163 für die Analogie im Genehmigungsfalle, Stein-Jonas ³⁾ jedoch die selbe Entscheidung sowie RGZ 60/73 zur Stützung der Gegenmeinung. Eine Nachprüfung

1) So schon Stein, Grundfragen, S. 45.

2) 7. Aufl. § 190 II 2 b; in der 8. Aufl. offenbar aufgegeben.

3) § 804 II 4 Anm. 24.

der letztgenannten Reichsgerichtsentscheidung ergibt wiederum nicht, daß das RG darin die Analogie für den Fall der Genehmigung ausschließen wollte; die Frage ist vielmehr offen gelassen ¹⁾. Das Problem ist noch sehr umstritten ²⁾. Einer positiven Entscheidung stehen m. E. keine stichhaltigen Bedenken entgegen. Denn wenn die Pfändung einer dem Schuldner nicht gehörenden Sache vom Eigentümer genehmigt wird, dann ist die Interessen-Konstellation unter den Beteiligten nicht anders, als wenn der Berechtigte eine rechtsgeschäftliche Verpfändung seiner Sache durch den Nichtberechtigten genehmigt. Aus dem Unterschied von Rechtsgeschäft und staatlichem Hoheitsakt ergeben sich keine begründeten Einwände.

V. A 3

Ganz zweifelhaft ist es, ob die Analogie zu § 185 II, sofern sie allgemein bejaht wird ³⁾, auch den Fall der sogen. Vereinigung umfassen soll bzw. kann. Die Befürworter der analogen Anwendung gehen nämlich ausnahmslos von Fällen des späteren Erwerbs oder der Genehmigung aus. Eine eindeutige Stimme für die Ausdehnung auch auf die dritte Alternative des § 185 II 1 findet sich überhaupt nicht. Eine solche Ausdehnung dürfte indessen auch abzulehnen sein.

Es ist von folgendem Fall auszugehen: Beim Nichtberechtigten als Schuldner wird eine Sache gepfändet, die dem Berechtigten gehört. Sodann beerbt der Berechtigte den Nichtberechtigten bei unbeschränkter Haftung. Folgt man der herrschenden Pfandrechts-theorie, nach der für die Entstehung des Pfandrechts das Eigentum des Schuldners an der Pfandsache Voraussetzung ist, so ergeben sich folgende Fragen:

- a) Kann nach dem Erbfall die Vollstreckung in die Pfandsache weitergeführt werden?
- b) Kann allein durch Vereinigung bei unbeschränkter Erbenhaftung das Pfändungspfandrecht wirksam werden?

1) Hierzu auch Lehmann in seiner Anm. zur Entsch. des RG in JW 34/221.

2) Verneinend Staudinger-Going § 185 Anm. 5, RG JW 34/221; Planck-Flad § 185 Anm. 2 b; bejahend Palandt-Danckelmann § 185 Anm. 1, Soergel-Siebert-Schultze v. Lasaulx § 185 Anm. 2 u. A.

3) Wie bei Enn.-Nipp. § 204 V 3 u. Palandt-Danckelmann § 185 Anm. 1.

zu a)

Diese Frage ist zu bejahen. Das ergibt sich aus § 779 Abs. 1 ZPO, wonach eine Zwangsvollstreckung, die zur Zeit des Todes des Schuldners gegen ihn bereits begonnen hatte, in seinen Nachlaß fortgesetzt wird. Zwar hatte der Nichtberechtigte kein Eigentum an der Pfandsache. Zu seinem Nachlaß gehört aber gemäß § 857 BGB auch der bloße Besitz. Es kann deshalb nach dem Erbfall zur Pfandverwertung kommen, da nach der h. M. die wirksame Verstrickung als Grundlage hierzu ausreicht.

Gegen dieses Ergebnis kann nicht eingewandt werden, daß die Pfandsache doch von Anfang an dem Erben gehöre und daß deshalb hier eine gegen die einschlägigen Vorschriften der ZPO verstoßende Vollstreckung in das persönliche Vermögen des Erben vorliege. Denn zwar ist die Sache gleichzeitig Nachlaßgegenstand und Bestandteil des persönlichen Vermögens des Erben. Der Vorgang der Pfändung aber knüpft nur an den Besitz, nicht dagegen an das Eigentum an; es war deshalb für den Vollstreckungsbeamten unwesentlich, ob es sich bei der beim Erblasser zu dessen Lebzeiten gepfändeten Sache um eine schuldner eigene oder eine schuldnerfremde Sache handelte. Sie ist als schuldnerfremde Sache gepfändet worden und als solche ist sie mit dem Tod des Erblassers Nachlaßgegenstand geworden.

Durch § 779 Abs. 1 ZPO wird lediglich gesichert, daß die Vollstreckung in diesen Nachlaßgegenstand weitergehen kann. Eine neue Belastung des Berechtigten mit dem Beginn seiner Rechtsstellung als Erbe tritt durch § 779 Abs. 1 ZPO nicht ein. Er hatte vor dem Erbfall die Möglichkeit der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO und diese Möglichkeit wird ihm auch durch § 779 Abs. 1 ZPO allein nicht genommen.

zu b)

Dagegen wird man ein Wirksamwerden des Pfändungspfandrechts allein auf Grund der Vereinbarung bei unbeschränkter Haftung ablehnen müssen. Solange der Erbe nur vorläufig unbeschränkt, aber beschränkt haftet, dürfte eine Konvaleszenz nach § 185 II ohnehin ausscheiden, weil das Zusammentreffen von Verfügung und Berechtigung dann noch kein völliges und unbedingtes ist, denn eine Haftungsbeschränkung beim Erben kann noch eintreten ¹⁾.

1) Staudinger § 185 Anm. 8; Enn.-Nipp. § 204 V 2 b; a. A. Palandt, 20. Aufl., § 185 Anm. 3.

Nach Annahme der Erbschaft kann bei nur vorläufig unbeschränkter Haftung ins Erbenvermögen vollstreckt werden, wenn die Umschreibung der Vollstreckungsklausel sowie ihre Zustellung an den Erben (§§ 727, 750 II ZPO) erfolgt ist. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, daß diese Erfordernisse entbehrlich sind, wenn der Erbe unbeschränkbar haftet. Der Übergang von der beschränkbaren zur endgültig unbeschränkten Erbenhaftung hat zum Bereich des Vollstreckungsrechts keine direkte Beziehung. Hätte der Gesetzgeber die Vollstreckbarkeit ins Erbenvermögen im Falle unbeschränkbarer Haftung ohne weiteres zulassen wollen, so wäre das im Gesetz in irgend einer Weise zum Ausdruck gekommen. Da im vorliegenden Fall die Pfändung längst geschehen ist, hängt die Vollstreckbarkeit ins Erbenvermögen -gegen die sich der Erbe dann nicht mehr mit § 771 ZPO wehren kann- nur noch vom Wirksamwerden des Pfandrechts ab. Wenn aber durch die Vereinigung allein das Pfändungspfandrecht wirksam würde, so würde das die Vollstreckbarkeit ins Erbenvermögen unter Umgehung derjenigen Vorschriften der ZPO bedeuten, die für die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Vollstreckung unabdingbar sind.

Im übrigen würde eine solche Regelung auch gegen den Sinn des § 185 II verstoßen, denn wenn der Schuldner hinsichtlich der Pfandsache Berechtigter gewesen wäre, dann hätte eine Vollstreckung in das Vermögen seines Erben ohne Beachtung der §§ 727, 750 II ZPO nicht in Betracht kommen können.

Unter den Fällen, in denen die Analogie angewandt werden kann, überwiegen in der Praxis bei weitem die des nachträglichen Erwerbs; Fälle also, in denen der Nichtberechtigte nach mehreren Verfügungen, die zumindest teilweise im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt sind, zum Eigentümer der von diesen Verfügungen ergriffenen Sache wird. Auf solche Fälle sollen daher die folgenden Erörterungen konzentriert werden.

V. B 1

Verhältnismäßig einfach ist die Lage, wenn eine im Besitz des Nichtberechtigten befindliche Sache nacheinander von mehreren seiner Gläubiger gepfändet wird und der Nichtberechtigte später das Sacheigentum erwirbt, oder wenn z. B. ein Vermieter- und ein Pfändungspfandrecht unter diesen Umständen miteinander im Einklang stehen. Mehrfache Pfändungen ein und derselben Sache sind nach den Regeln des Vollstreckungsrechts durchaus möglich;

ebenso sind gesetzliche und Pfändungspfandrechte nebeneinander vereinbar. Zu beantworten ist hier lediglich die Frage nach der Stellung der beiden Pfandrechte untereinander. Das Reichsgericht hat zwar in der bereits oben Seite 69 erwähnten Entscheidung ¹⁾ die Ansicht vertreten, daß hier wegen des Fehlens einer Rückwirkung die konkurrierenden Pfandrechte, die im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs durch den Schuldner entstehen, gleichen Rang haben müßten ²⁾. Diese Auffassung ist aber mit dem Grundprinzip der Konvaleszenz, wie es im § 185 II zum Ausdruck kommt, nicht vereinbar. Denn wäre der Schuldner von vornherein Eigentümer der Sache gewesen, so wäre das erste Pfandrecht -gleichgültig ob aus § 559 oder § 647 oder aus § 804 ZPO- unmittelbar entstanden und das später begründete wäre ihm -eben weil es später begründet wurde- im Range gefolgt.

Die Auffassung des RG wird heute denn auch im allgemeinen abgelehnt ³⁾. Es wird statt dessen in analoger Anwendung des § 185 II 2 angenommen, daß der Rang der entstehenden Pfandrechte sich nach der Zeitfolge des Eintritts derjenigen Tatbestände richtet, die normalerweise die Entstehung des jeweiligen Pfandrechts bedingen ⁴⁾, daß also das Rangverhältnis der durch diese Tatbestände begründeten Anwartschaften sich auf das Rangverhältnis der Rechte überträgt ^{5) 6)}.

Diese Lösung ist lebensnäher und entspricht dem Willen des Gesetzgebers.

1) RGZ 60/70.

2) Unverständlich hierzu auch die Entscheidungen KG Recht 1911/1869 sowie OLG Breslau, JW 29/2958.

3) Enn.-Nipp. § 204 V 3 Anm. 48; Palandt-Hoche Anm. 6 B d zu § 929; von Tuhr II 2, S. 309.

4) Pfändungsakt, Einbringung der Sache in den Mietraum, Annahme des Reparaturauftrags usw. (in den beiden letzteren Fällen von der Möglichkeit eines gutgläubigen Pfandrechtserwerbs abgesehen).

5) Enn.-Nipp. aaO.; von Tuhr aaO.

6) Daß die öffentl.-rechtl. Theorie im Ergebnis zur gleichen Lösung kommen muß, weil sie ja eine Trennung von Pfändung und Pfändungspfandrecht ablehnt, ist selbstverständlich. Vgl. Baumbach-Lauterbach, Einf. vor § 803 Anm. 3; sowie Schönke, Zwangsvollstr. Recht § 25 III.

V. B 2

In Einklang stehende Verfügungen liegen auch dann vor, wenn eine im Besitz des Nichtberechtigten befindliche Sache zunächst vom Gläubiger A gepfändet und später durch den Nichtberechtigten -als gepfändete Sache- an den Erwerber B veräußert wird. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Veräußerung frei erfolgt oder im Wege der Zwangsvollstreckung auf Grund eines auf Eigentumsübertragung gerichteten Titels. In beiden Fällen würde -wenn der Nichtberechtigte Eigentümer der Sache wäre- der spätere Eigentumsübergang auf B das vorher entstandene Pfandrecht des A normalerweise nicht beeinträchtigen. Wird nun im vorliegenden Fall der Nichtberechtigte nachträglich Eigentümer, so konvalszieren dementsprechend beide Verfügungen nebeneinander.

V. C 1

Stehen die mehreren Verfügungen, von denen wenigstens eine im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, miteinander nicht im Einklang, so kann grundsätzlich die Regel des § 185 II 2 angewandt werden. Es sind keine begründeten Bedenken ersichtlich, die sich daraus ergeben könnten, daß dabei normale Verfügungen und solche im Wege der Zwangsvollstreckung "gemischt" vorkommen.

V. C 2

Hierher gehören die Fälle, in denen der Nichtberechtigte unwirksam über einen Gegenstand verfügt hat und dieser Gegenstand später, jedoch noch vor Konvaleszenz, beim Nichtberechtigten gepfändet wird.

Daß es sich hier um miteinander nicht in Einklang stehende Verfügung handelt, zeigt folgende Überlegung: Würde ein Berechtigter z. B. eine Forderung abtreten, so könnte diese Forderung danach nicht mehr wirksam von einem Gläubiger des Berechtigten gepfändet werden, weil sie diesem eben nicht mehr zusteht. Die Wirkung der ersten Verfügung würde die zweite (die in der beabsichtigten Pfändung zu sehen wäre) ausschließen. Ist die Abtretung durch einen Nichtberechtigten erfolgt, der erst später zum Inhaber der Forderung wurde, so ist deshalb notwendig § 185 II 2 anzuwenden: Nur die Abtretung als frühere Verfügung konvales-

ziert, nicht aber die Pfändung, sodaß die Forderung unbelastet bleibt. Nicht etwa wird die Forderung im Moment des "Durchgangserwerbs" beim Nichtberechtigten von dem Pfandrecht des Gläubigers erfaßt ¹⁾.

Entsprechendes muß gelten, wenn es sich nicht um eine Forderung, sondern um das Eigentum an einer Sache handelt. Die wirksame Veräußerung einer Sache macht es unmöglich, daß an dieser Sache zu Gunsten eines Gläubigers des Veräußerers noch ein Pfandrecht entsteht ²⁾. Hat also ein Nichtberechtigter die Sache veräußert (von der Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs abgesehen) und ist sie dann von einem seiner Gläubiger gepfändet worden, so liegen auch hier zwei nicht im Einklang stehende Verfügungen vor; § 185 II 2 ist anzuwenden, der erste Verfügungsempfänger erhält lastenfreies Eigentum.

Diese Grundsätze gelten allerdings nur dann, wenn sich die Verfügungen auf das noch nicht erworbene Eigentum des Verfügenden bezogen. Hatte der Verfügende nicht das Eigentum, sondern -etwa als Vorbehaltskäufer vor Restzahlung- seine Anwartschaft auf das Eigentum zum Gegenstand seiner Verfügung gemacht, so kann eine Pfändung der Sache schon deshalb kein Pfandrecht entstehen lassen, weil bei Bedingungseintritt (Restkaufpreiszahlung) dann das Eigentum unmittelbar vom Veräußerer auf den Verfügungsempfänger übergeht. Ein "Durchgangserwerb", der die Frage einer Konvaleszenz der beim Verfügenden bewirkten Pfändung aufwerfen könnte, tritt hier überhaupt nicht ein ³⁾.

V. C 3

Komplizierte Fragen tauchen auf, wenn die zweite, im Gegensatz zur ersten nicht im Wege der Zwangsvollstreckung getroffene Verfügung so erfolgt ist, daß der zweite Verfügungsempfänger im

1) So sinngemäß schon RG in JW 13/132, sowie ferner RGZ 143/113.

2) Hierbei wird die herrschende Ansicht über die Pfandrechtsentstehung zugrunde gelegt; siehe oben V. A 1.

3) BGH 20/88 mit eingehender Begründung.

Falle der Berechtigung des Verfügenden hinsichtlich der ersten Verfügung Gutglaubensschutz genießen würde (z. B. A pfändet die im Besitz eines Vorbehaltskäufers befindliche Sache, später löst dieser die Siegelmarke ab und veräußert die Sache unter Übergabe und unter Hinweis auf den Vorbehalt als unbelastet an den hinsichtlich der Pfändung gutgläubigen B).

Hier würde B -Eigentum des Pfändungsschuldners an der Sache vorausgesetzt- infolge seines guten Glaubens bei Bedingungseintritt lastenfreies Eigentum erwerben. § 936 BGB gilt auch für Pfändungspfandrechte ¹⁾. Die Pfandverstrickung bestünde zwar zunächst noch weiter und A wäre berechtigt, die Vollstreckung fortzusetzen. B würde aber mit der Interventionsklage gem. § 771 ZPO durchdringen.

Dieses unmittelbar aus dem Gesetz folgende Ergebnis läßt sich nicht erzielen, wenn der Verfügende Nichtberechtigter ist. Das ergibt sich aus folgender Überlegung: Die Verfügung an B ist auf die Übertragung lastenfreien Eigentums gerichtet. Ihr liegt eine Einigung zugrunde, bei der beide Teile -der eine wahrscheinlich dolos, der andere gutgläubig- darin übereinstimmen, daß das unbelastete Eigentum an der Sache übergehen solle. Die vorher erfolgte Pfändung brachte indessen gerade eine Belastung dieses Eigentums. Beide Verfügungen stehen somit nicht in Einklang; sie können nicht beide nebeneinander konvaleszieren.

V. C 3 a

Nach der Regel des § 185 II 2 würde hier nur die frühere Verfügung wirksam werden, also die Pfändung. Dieses Resultat ist aber wieder zu einschränkend, weil die beiden Verfügungen sich ja nicht gegenseitig ausschließen, sondern vielmehr ein partieller Einklang besteht. Die Grenze liegt bei dem Begriff "lastenfrei".

Die alleinige Konvaleszenz der Eigentumsübertragung scheidet aus, weil sie klar gegen § 185 II 2 verstoßen würde, dessen

1) Ganz h. M.; die abweichende Ansicht von Lücke in JZ 55/486 steht praktisch allein.

Geltung für derartige Fälle mehrerer Verfügungen (siehe oben V. C 1)) heute allgemein anerkannt ist.

V. C 3 b

Es bleibt allein die Möglichkeit einer "verminderten Konvaleszenz" der Eigentumsübertragung bis zur Grenze der Lastenfreiheit unter gleichzeitigem Wirksamwerden des Pfandrechts. Der Tatsache der Gutgläubigkeit des Erwerbers hinsichtlich des Pfandrechts wird damit nicht Rechnung getragen.

Dieses Resultat ist unbefriedigend, denn es ist nicht einzusehen, weshalb der Gutgläubige hier nur deshalb weniger geschützt werden soll, weil die Sache seinem Veräußerer (noch) nicht gehörte, also wegen einer Tatsache, auf die sich sein guter Glaube nicht bezog und nicht zu beziehen brauchte ¹⁾.

V. C 3 c

Ein Lösungsweg bietet sich in einer entsprechenden Anwendung der oben unter IV. D 4 b) vorgeschlagenen Analogie. Dort wurde angeregt, § 185 II 1 auch auf solche Verfügungen anzuwenden, die der Nichtberechtigte zwar nicht selbst getroffen hat, die für ihn aber dann wirksam gewesen wären, wenn er zur Zeit ihrer Vornahme Berechtigter gewesen wäre (wegen der Gutgläubigkeit des betreffenden Verfügungsempfängers).

Auf den vorliegenden Fall angewandt, würde das folgenden Gedankengang ergeben:

Der erste Verfügungsempfänger A, der pfändende Gläubiger des Vorbehaltskäufers, ist ebenfalls Nichtberechtigter. Er ist, weil die gepfändete Sache seinem Schuldner (noch) nicht gehörte, nicht Inhaber des Pfandrechts geworden. Hätte er das Pfandrecht wirksam erworben, wäre der Vorbehaltskäufer also Eigentümer gewesen, so hätte dessen zweite Verfügung (an B) die Wirkung gehabt, daß A sein Pfandrecht wieder verloren hätte,

1) Es war ja vorausgesetzt, daß der zweite Verfügungsempfänger nur hinsichtlich der Belastung gutgläubig ist; der Eigentumsübergang auf ihn erfolgt allein durch Konvaleszenz nach § 185 II.

weil B hinsichtlich der Belastung gutgläubig war.

Wird nun die Verfügung an B in analoger Anwendung des § 185 II 1 ¹⁾ dem A gegenüber als wirksam betrachtet, wenn er "Berechtigter" wird, wenn er also das Pfandrecht tatsächlich erwirbt (hierbei die herrschende Pfandrechtstheorie zugrunde gelegt), so bedeutet das, daß endgültig und bleibend nur die auf lastenfreien Erwerb des Sacheigentums gerichtete Verfügung an B konvalesziert, die Verfügung an A (Pfandrecht) dagegen nicht.

Hier ist dann noch zweierlei auseinanderzuhalten: Der Erwerb des Eigentums durch den Vorbehaltskäufer bewirkt Konvaleszenz des Pfandrechts für A und der Übertragung des -belasteten- Eigentums an B. Soweit folgt alles direkt aus dem Gesetz bzw. aus der heute allgemein gebräuchlichen Ausdehnung des Gesetzes auf Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung. Der mit dieser Konvaleszenz erfolgende Erwerb des Pfandrechts durch A bewirkt aber jetzt, daß die Verfügung an B noch weiter wirksam wird, nämlich bis zu dem Umfange, in dem sie tatsächlich getroffen wurde, also über die Grenze des belasteten Eigentums hinaus zum lastenfreien Eigentum. Und dadurch wird die Wirksamkeit des Pfandrechts an der Sache vernichtet, ebenso, wie wenn B das Eigentum gutgläubig bezüglich irgend welcher Belastungen vom Berechtigten erworben hätte. Es ist im Grunde das gleiche wie bei einem

"Durchgangserwerb", nur daß hier nicht das Eigentum weiterläuft, sondern das Pfandrecht der Eigentumsverfügung zur Voll-Konvaleszenz verhilft.

Diese Argumentation begegnet zunächst einem scheinbar erheblichen Bedenken. Während nämlich im Normalfall der vorgeschlagenen Analogie (oben Seite 42 ff), also bei rechtsgeschäftlichen Verfügungen über das Eigentum, der erste Verfügungsempfänger das Hauptrecht, mithin den Gegenstand erwirbt, ist das hier beim ersten Verfügungsempfänger A nicht der Fall. A erwirbt nur das Pfandrecht, also lediglich ein Recht am Gegenstand.

Es ist indessen kein Grund ersichtlich, die Analogie nicht auch hier anzuwenden. Wenn man akzeptiert, daß der erste Verfügungs-

1) Einzelheiten über diese Konstruktion siehe oben unter IV. D 4 b bb.

empfänger -in den Fällen, in denen es sich ausschließlich um rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragungen handelt- das Hauptrecht nicht erlangt bzw. wieder verliert, so kannman das hier, -da die Interessenlage doch gleich ist- um so eher bei einem schwächeren Recht akzeptieren. Es kommt übrigens nicht darauf an, ob der erste Verfügungsempfänger A die zweite Verfügung des Nichtberechtigten, des Vorbehaltskäufers, auch selbst hätte treffen können ¹⁾. Entscheidend für die Anwendung der Analogie ist vielmehr allein, daß die Verfügung des Nichtberechtigten für A -wäre dieser Berechtigter (und zwar auch Hauptberechtigter (!)) gewesen- durch das Eingreifen von Gutgläubenschutzvorschriften bindend gewesen wäre.

Die hier gewonnene Lösung vermeidet die Unbilligkeit, daß der Gutgläubige den ihm an sich vom Gesetz gewährten Schutz hinsichtlich des Pfandrechts nur deshalb nicht erhält, weil sein Veräußerer Nichtberechtigter ist. Sie entspricht damit dem Grundprinzip des § 936 und vor allem der Renormalisierungstendenz des § 185 II.

Besonderheiten im Liegenschaftsrecht

VI. A

Die Verfügung über Liegenschaftsrechte setzt sich in der Regel wie die mobilienrechtliche Verfügung aus einem Doppeltatbestand zusammen. Die beiden Elemente sind:

1. Einigung zwischen den Beteiligten,
2. Eintragung im Grundbuch ²⁾.

VI. B

Da § 39 Abs. 1 GBO verlangt, daß der Verfügende als Rechtsinhaber im Grundbuch eingetragen ist (er "soll" allerdings nur

-
- 1) Wenn bei Begründung der Analogie oben S. 39 davon ausgegangen wurde, daß der erste Verfügungsempfänger auch selbst -direkt- an den zweiten VE hätte verfügen können, so hatte das nicht den Sinn, die Analogie nur für gerade solche Fälle als sinnvoll hinzustellen, vielmehr diente diese Erwägung lediglich dazu, die Nichtberechtigtennatur des ersten VE zu untersuchen.
 - 2) Mit den bekannten Ausnahmen in §§ 928, 1154, 1192, 1199, 1200, 1274, 1291, 1069 sowie 1188, 1196 u. in einzelnen weiteren Fällen.

eingetragen sein), kommt als Nichtberechtigter bei liegenschaftsrechtlichen Verfügungen im allgemeinen nur derjenige in Betracht, für den eine solche Eintragung zu Unrecht besteht.

Liegen mehrere Verfügungen eines solchen Nichtberechtigten vor, so ist es auch hier möglich, daß eine davon bereits durch den guten Glauben des Verfügungsempfängers wirksam ist (§§ 892, 893). Die Probleme, die sich dann aus dem Verhältnis der mehreren Verfügungen untereinander ergeben, liegen im Grundsätzlichen nicht anders als im Mobiliarrecht.

VI. C

Im übrigen gilt auch im Liegenschaftsrecht das Konvaleszenzprinzip des § 185 II ¹⁾. Hat ein Nichtberechtigter mithin mehrere Verfügungen über ein und dasselbe Grundstück getroffen, die miteinander in Einklang stehen (z. B. frühere Belastung und spätere Eigentumsübertragung), so können diese Verfügungen in den Fällen des Erwerbs und der Vereinigung gleichzeitig miteinander wirksam werden. Der Berechtigte kann sie auch gleichzeitig genehmigen. Sonst gelten hinsichtlich der Genehmigung hier die selben Grundsätze, wie sie oben unter IV. C erörtert wurden.

VI. D 1

Stehen die mehreren liegenschaftsrechtlichen Verfügungen des Nichtberechtigten nicht miteinander in Einklang, so gilt in den Konvaleszenzfällen des Erwerbs oder der Vereinigung die Regel des § 185 II 2: nur die frühere Verfügung wird wirksam.

VI. D 2

Die frühere Verfügung ist dabei diejenige, deren voller Doppelatbestand -Einigung und Eintragung- zuerst vorgelegen hat. Es kommt also auf die Zeitfolge der Eintragungen an und nicht auf die der Einigungen ²⁾. Allerdings dürfte es nur sehr selten vor-

1) RGZ 54/366; 77/87; 152/381; NJW 1956/1280 mit weiteren Nachweisen.

2) Wolff-Raiser § 38 Anm. 7; von Tuhr II 1 S. 385 Anm. 128.

kommen, daß zwei derartige sich widersprechende Eintragungen ins Grundbuch geraten. In aller Regel wird die erste Eintragung (der allerdings die zeitlich spätere Einigung vorausgegangen sein kann) allein bleiben, so daß die Konvaleszenz einfach nach § 185 II 1 erfolgt.

VI. E 1

Die Grundsätze des § 185 II werden indessen nicht nur auf vollständige Verfügungen angewandt, sondern auch auf diejenigen Teilakte, die zusammen geeignet sind, eine wirksame Eintragungsgrundlage zu bilden, also auf Einigung und Eintragungsbewilligung¹⁾. Hierbei ist in der Hauptsache die Erwägung maßgebend, daß es unbillig wäre, wenn der Grundbuchbeamte trotz Vorliegens von -bisher unwirksamer- Einigung und Eintragungsbewilligung nicht eintragen dürfte, nachdem hinsichtlich des Hauptrechts des Verfügenden ein Konvaleszenzgrund eingetreten ist (Genehmigung, Erwerb oder Vereinigung).

Hinsichtlich der Eintragungsbewilligung findet sich eine wesentliche Stütze für diese Auffassung in den Motiven zum BGB²⁾. Dort heißt es: "Nach dem Entwurfe kann die Konvaleszenz sowohl vor als auch nach Vollziehung der auf Grund der Bewilligung eines Nichtberechtigten möglichen Eintragung in Frage kommen. Juristisch sind aber beide Fälle nicht verschieden. Es handelt sich immer um eine Unwirksamkeit des dinglichen Vertrages aus Gründen, welche auf einem Mangel der Berechtigung des Veräußerers zur Verfügung über den Vertragsgegenstand beruhen".
Güthe-TriebeI³⁾ weist zutreffend darauf hin, daß die Protokolle nichts über eine spätere Aufgabe dieses Standpunktes ergeben.
Von Tuhr⁴⁾ ist allerdings der Ansicht, daß nur die Einigung kon-

1) Heute überwiegende Meinung; vgl. Wolf-Raiser § 33 III; Güthe-TriebeI § 19 GBO Anm. 34 sowie § 45 GBO Anm. 30; Planck § 185 Anm. 2 a; Soergel-Siebert § 873 Anm. 22 mit weiteren Nachweisen; ebenso schon OLG 5/418.

2) Motive 3/189.

3) § 19 Anm. 35.

4) II 1 S. 248 Anm. 76.

valeszieren könne, nicht dagegen die Eintragungsbewilligung. Diese Auffassung basiert auf dem Gedanken, daß die Eintragungsbewilligung nicht etwa ein "Tatbestandsstück" der Verfügung sei (wie es z. B. Wolff-Raiser ¹⁾ sieht), sondern nur formelle "Ursache der Rechtsänderung", Vorbereitung der Verfügung ²⁾.

Mag dies auch einleuchtend sein, so setzt sich von Tuhr mit der Ablehnung der Konvaleszenz doch zu seinen eigenen Ausführungen in Widerspruch, da er nämlich im selben Abschnitt ³⁾ die Eintragungsbewilligung als Rechtshandlung bezeichnet, "welche wie eine Verfügung wirkt und daher nach Analogie der Verfügung behandelt werden muß". Befürwortet man nun generell eine solche Analogie, so muß darin notwendig auch die analoge Anwendung der Konvaleszenzvorschriften für Verfügungen Nichtberechtigter miteinbegriffen werden. Mit Recht weist Wolff-Raiser ⁴⁾ darauf hin, daß kein Grund ersichtlich sei, hier gerade bei der Anwendung des § 185 eine Ausnahme zu machen.

Der Streit, ob man die Eintragungsbewilligung ihrem Wesen nach als Teilstück der Verfügung oder nur als Vorbereitung einer solchen ansieht, ist, solange es sich um nur eine Bewilligung handelt, im wesentlichen akademischer Natur. Nicht aber die Frage, ob auf die Bewilligung überhaupt die Konvaleszenzregeln des § 185 Anwendung finden können; denn hier ergeben sich bei Verneinung erhebliche Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten, die sich andernfalls vermeiden lassen ⁵⁾, ohne daß in irgend einer Weise und für irgend jemanden rechtliche Nachteile entstehen.

In Recht 1919/318 rückt von Tuhr denn auch von seiner negativen Haltung ab, indem er die Anwendung des § 185 II auf die Bewilligung akzeptiert, ohne seine Definition ihres rechtlichen Charakters zu ändern. Die Wandlung ist offensichtlich auf die

1) § 33 III.

2) von Tuhr II 1 S. 248.

3) II 1 S. 247.

4) § 33 III Anm. 6.

5) vgl. Wolff-Raiser § 33 III Anm. 6.

Auseinandersetzung mit Wolff (damalige dritte Bearbeitung des Sachenrechts) zurückzuführen.

Diese Dinge wurden hier ausführlicher erörtert, weil die angeschnittenen Fragen im Folgenden von besonderer Bedeutung sind.

VI. E 2

Liegen mehrere Einigungen des Nichtberechtigten vor und hat er mehrere Eintragungsbewilligungen abgegeben, so ist auch hier wieder zu unterscheiden, ob sie untereinander in Einklang stehen oder nicht. Widersprechen sie sich nicht, hätten sie also vom Berechtigten in der gleichen Reihenfolge bewirkt werden können, so gelten die bekannten Grundsätze. Es ist gleichzeitige Konvaleszenz möglich.

VI. E 3

Schwierigere Fragen entstehen aber, wenn es sich um mehrere Einigungen und Eintragungsbewilligungen handelt, die einander widersprechen. Da eine generelle analoge Anwendung des § 185 II auch Satz 2 dieses Absatzes umfaßt, kommt man zu dem Ergebnis, daß in diesen Fällen nur die frühere Einigung bzw. Eintragungsbewilligung konvalesziert.

VI. E 3 a

Für die Eintragungsbewilligung wird diese Auffassung von Wolff-Raiser ¹⁾ sowie von Güthe-Triebl ²⁾ ausdrücklich vertreten ³⁾. Hier stehen aber erhebliche Bedenken entgegen. Der Berechtigte kann durchaus mehrere miteinander nicht in Einklang stehende Eintragungsbewilligungen erteilen. Diese Tatsache besteht unabhängig davon, wie man den Rechtscharakter der Bewilligung definiert und wann diese normalerweise wirksam wird ⁴⁾. Sie berührt eben-

1) § 33 IV Anm. 8.

2) § 19 Anm. 35.

3) Güthe-Triebl aaO. wendet sich seinerseits gegen eine ganz abweichende Ansicht des Kammergerichts in OLG 2/157, wonach hier Konvaleszenz nur nach Hinzutreten der jeweiligen Eintragung möglich und deshalb eine Kollisionsentscheidung vor Eintragung höchstens im Prozeßwege zu fällen sei. Die Gegenargumente Güthe-Triebls sind überzeugend.

4) Wolff-Raiser § 33 IV: Wenn sie dem Grundbuchamt zugeht.

falls nicht die Frage, wie der Grundbuchbeamte beim Vorliegen mehrerer widersprechender Bewilligungen dann hinsichtlich der Eintragung zu verfahren hat.

Hat nun der Berechtigte mehrere sich widersprechende Bewilligungen erteilt und sind sie durch Zugang zum Grundbuchamt wirksam geworden, so hat der Grundbuchbeamte nach den Vorschriften der GBO über die Erledigungsfolge nur diejenige Eintragung vorzunehmen, auf die sich die frühere Bewilligung bezieht. Sollte der Beamte ausnahmsweise einmal die Prinzipien der Eintragsfolge mißachten und auf Grund der späteren Bewilligung eintragen, so beruht auch in diesem Fall die Eintragung auf einer wirksamen Bewilligung.

Setzt man nun an die Stelle des Berechtigten den Nichtberechtigten vor Konvaleszenz, so gilt nach der Ansicht von Wolff-Raiser folgendes: Die sich widersprechenden Bewilligungen, die der Nichtberechtigte dem Grundbuchamt hat zugehen lassen, sind zunächst alle unwirksam. Bei Konvaleszenz durch Erwerb oder Vereinigung wird gem. § 185 II 2 nur die frühere Bewilligung wirksam, dem Grundbuchamt liegt also überhaupt nur eine wirksame Bewilligung vor, auf Grund deren eingetragen werden kann. Würde der Grundbuchbeamte hier die Verfügung eintragen, auf die sich die spätere (nicht wirksam gewordene) Bewilligung bezieht, so läge ein doppelter Verstoß gegen das formelle Grundbuchrecht vor: gegen den Bewilligungsgrundsatz allgemein und gegen die Vorschriften über die Eintragsfolge.

Es ergibt sich, daß die Meinung von Wolff-Raiser materiellrechtlich zu den selben Ergebnissen führt, wie sie sich beim Handeln durch den Berechtigten ergeben hätten; die erwähnten Abweichungen sind hierfür unwesentlich. Denn im Normalfall wird eben ohnehin nur auf Grund der früheren Bewilligung eingetragen, und die Verletzung der genannten formellrechtlichen Vorschriften macht die trotzdem erfolgende Eintragung nicht unrichtig oder unwirksam, mag es sich um Bewilligungen des Berechtigten oder des Nichtberechtigten handeln. Der Weg aber, auf dem Wolff-Raiser zu diesen Ergebnissen gelangt, weicht von den Prinzipien des Liegenschaftsrechts ab. Denn die Entscheidung, welche von mehreren dem GBA zugegangenen Bewilligungen Eintragsgrundlage

sein kann, soll nun einmal im formellrechtlichen Bereich fallen (§ 17 GBO) und nicht (durch § 185 II 2) gewissermaßen ins materielle Recht vorverlegt werden.

Daneben ergibt sich ein weiterer Einwand: Die -nach § 185 II 2 allein wirksam gewordene- Bewilligung kann aus irgend einem Grund vor Erledigung gegenstandslos werden. Der ehemalige Nichtberechtigte und jetzige Rechtsinhaber kann dann nicht auf Grund seiner ebenfalls erteilten zweiten Bewilligung eintragen lassen, sondern muß hinsichtlich der betreffenden Verfügung erst eine neue Bewilligung erteilen. Solche Konsequenzen entsprechen aber nicht dem Sinn des Konvaleszenzprinzips. Denn die Vorschriften des § 185 haben nun einmal den Zweck, eine durch einen Nichtberechtigten herbeigeführte Ausnahmesituation auf die Lage zurückzuführen, die bestehen würde, wenn der Nichtberechtigte als Berechtigter gehandelt hätte (das Wort "verfügt" ist hier bewußt vermieden, weil es sich in diesem Fall eben nicht um vollständige Verfügungen handelt). Wäre der Nichtberechtigte aber Berechtigter, hier also Grundstückseigentümer, gewesen, dann hätte er eben mehrere nicht in Einklang stehende Bewilligungen erteilen können.

Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb man, nur um des systematischen Zusammenhangs willen, hier auf der Anwendung des § 185 II 2 bestehen und damit den zum Berechtigten gewordenen Nichtberechtigten bzw. den unbeschränkt haftenden Berechtigten als Erben schlechter stellen sollte als denjenigen, der von vornherein mit voller Verfügungsmacht als Hauptrechtsinhaber handelt.

Wolff-Raiser aaO. ist diese Haltung allerdings scheinbar folgerichtig, weil er die Eintragungsbewilligung als "Tatbestandsstück" der Verfügung betrachtet. Für ein solches Tatbestandsstück liegt die Anwendung aller Vorschriften, die ganze Verfügungen betreffen, auf den ersten Blick recht nahe. Diese augenscheinliche Folgerichtigkeit beseitigt aber nicht den Einwand, daß das Resultat, das sich aus der Anwendung des § 185 II 2 hier ergibt für denjenigen unbillig ist, der nach Eintritt des

Konvaleszenzgrundes Berechtigter ist. Ein entscheidendes Argument spricht gegen Wolff-Raiser: Der Gedanke, der der Vorschrift des § 185 II 2 zu Grunde liegt, ist der, daß der Berechtigte, wenn er mit einer (ersten) Verfügung sich seines Hauptrechts und damit der Verfügungsmacht begeben hat, zu einer weiteren Verfügung über den selben Gegenstand nicht mehr in der Lage ist. Deshalb soll bei Konvaleszenz ebenfalls nur die frühere Verfügung wirksam werden.

Durch Erteilung einer Eintragungsbewilligung erleidet der Berechtigte aber nicht die geringste Rechtseinbuße, er geht auch keinerlei Bindung ein, die ihn an der Erteilung weiterer Bewilligungen irgendwie hindern könnte. Die rechtliche Situation ist hier mithin eine ganz andere und paßt nicht in den Rahmen des § 185 II 2.

Die Ablehnung dieser Vorschrift für den Fall mehrerer sich widersprechender Eintragungsbewilligungen ist am leichtesten zu rechtfertigen, wenn man der Auffassung von von Tuhr (siehe oben S. 83) folgt, wonach die Bewilligung eben nicht ein "Tatbestandsstück" der liegenschaftsrechtlichen Verfügung ist, sondern lediglich deren Vorbereitung, eine Ursache der Rechtsänderung. Dann entfällt die Anwendung des § 185 II 2 von selbst, weil Eintragungsbewilligungen als Nichtverfügungen nicht hierunter zu subsumieren sind. Die Anwendung der übrigen Teile des § 185 auf die Eintragungsbewilligung steht dem nicht entgegen bzw. wird dadurch nicht ausgeschlossen; sie ist eine in reinen Zweckmäßigkeitserwägungen begründete Analogie, die vom systematischen Zusammenhang der einzelnen Teilnormen des § 185 unabhängig ist ¹⁾.

Aber auch für die von Wolff-Raiser (oben S. 83) vertretene Definition der Eintragungsbewilligung muß Entsprechendes gelten. Ein "Tatbestandsstück" einer Verfügung ist keine ganze Verfügung, also niemals ein Rechtsgeschäft, das für sich allein gesehen eine Rechtsminderung oder einen Rechtsverlust herbei-

1) Für diese Ansicht: von Tuhr in Recht 1919/318 und nicht, wie von Wolff-Raiser in § 33 Anm. 8 falsch zitiert, für die entgegengesetzte Meinung.

führen könnte. Deshalb kann auch bei dieser Auffassung die Anwendung des § 185 II 2 nicht in Betracht kommen, weil eine Subsumierung unter diese Norm im Hinblick auf ihre ratio gar nicht möglich ist.

VI. E 3 b

Was hier von der Eintragungsbewilligung gesagt wurde, gilt in ähnlichem Sinne auch für die Einigung.

Der Berechtigte ist nicht gehindert, mehrere sich widersprechende Einigungen hinsichtlich des selben liegenschaftsrechtlichen Gegenstandes zu treffen. Alle Einigungen sind wirksam, alle können Grundlage einer Eintragung werden. Es gibt keine Gesetzesnorm, wonach eine von ihnen in irgend einer Weise hinter die andere zurücktreten müßte; es kommt ausschließlich darauf an, hinsichtlich welcher Einigung zuerst eingetragen wird. Dies gilt auch dann, wenn eine der mehreren Einigungen "bindend" im Sinne des § 873 II geworden ist. Denn diese "Bindung" bedeutet eben nicht eine Verfügungsbeschränkung des Rechtsinhabers, sondern sie besagt lediglich, daß die Einigung für beide Teile nicht mehr widerrufen werden kann. Es steht dem Berechtigten demnach frei, entgegen seiner unwiderruflichen Einigungserklärung über den selben Gegenstand eine ganz neue, der vorhergehenden inhaltlich widersprechende Einigung herbeizuführen und diese durch Eintragung zur (allein) gültigen Verfügung zu machen ¹⁾.

Eine Anwendung des § 185 II 2 auf miteinander nicht in Einklang stehende Einigungen würde deshalb ebenfalls dem Sinn des Konvaleszenzprinzips widersprechen. Denn dadurch würde derjenige, der nach Konvaleszenz Berechtigter ist, gegenüber einem von Anbeginn Berechtigten benachteiligt, weil ihm als wirksame Eintragungsgrundlage dann nur noch die frühere bzw. früheste der verschiedenen Einigungen im wörtlichen Sinne "zur Verfügung" stünde. Die der Vorschrift des § 185 II zu Grunde liegende Renormalisierungstendenz will den Rechtsinhaber nach Konvaleszenz

1) Ganz herrschende Meinung; vgl. hierzu Westermann § 76 I 5.

aber gerade so stellen, als ob er seine Verfügungen als Berechtigter getroffen hätte.

Die Ablehnung des § 185 II 2 für den Fall mehrerer nicht in Einklang stehender Einigungen läßt sich mit den selben Argumenten begründen wie oben hinsichtlich der Eintragungsbewilligungen. Auch die liegenschaftsrechtliche Einigung ist keine Verfügung. Allerdings ist sie tatsächlich ein "Tatbestandsstück" einer solchen Verfügung; das reicht aber zu einer Subsumierung unter § 185 II 2 nicht aus. Denn sie bedeutet für den sich Einigenden noch keinerlei Rechtsverlust, solange die Eintragung nicht hinzukommt. Die Norm des § 185 II 2 basiert aber einzig und allein auf der Erwägung, daß von mehreren nicht in Einklang stehenden Verfügungen die frühere (bzw. früheste) den Verfügenden mit dem Verlust des Hauptrechts auch seiner Verfügungsmacht beraubt, so daß er die nachfolgende(n) Verfügung(en) nicht mehr hätte treffen können. Wo diese Voraussetzungen einwandfrei nicht vorliegen, muß eine Anwendung dieser Vorschrift entfallen.

Man kann allgemein formulieren:

Das Konvaleszenzprinzip des § 185 II ist auch auf die liegenschaftsrechtliche Einigung und auf die Eintragungsbewilligung anzuwenden. Eine Ausnahme hiervon macht die Vorschrift des § 185 II 2; ihre Anwendung ist mit dem Rechtscharakter von Einigung und Eintragungsbewilligung nicht vereinbar.

Lebenslauf

Am 5. Juli 1928 wurde ich als Sohn des Zahnarztes Dr. med. dent. Theodor Dölling und seiner Ehefrau Gertraud, geb. Pfau in Plauen/Vogtland geboren. Zur Volksschule ging ich in den Jahren 1935 bis 1939 in Plauen. Anschließend besuchte ich die Staatliche Oberschule für Jungen in Plauen, an der ich im Jahre 1947 die Reifeprüfung ablegte. Nach einem siebensemestrigen Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität Münster (Westf) vom Wintersemester 1948/49 bis 1953 bestand ich im Mai 1953 vor dem Justizprüfungsamt in Hamm (Westf) die 1. juristische Staatsprüfung und nach Ablauf meiner Referendarausbildungszeit im Dezember 1958 vor dem Justizprüfungsamt des Landes Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf die 2. juristische Staatsprüfung.

Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

